Die
Haftung des Schuldners
für seine Gehülfen

nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches (§ 278 BGB.)

Inaugural-Dissertation

der

Juristen-Fakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Kurt Priewe
Kammergerichtsreferendar, Berlin.

Rostock
Carl Hinstorffs Buchdruckerei
1902.

Seinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet

vom Verfasser.

Disposition.

I. Einleitung.
II. Geschichtlicher Teil.
III. Die Haftung des Schuldners auf Gru
des § 278.
1. Civilistische Konstruktion.
2. Die Voraussetzungen der Haftung.
a) auf seiten des Schuldners.
b) Verbindlichkeit.
c) das Verschulden der Gehülfen.
d) die Beziehung der schuldhaften Ha
lung zur Erfüllung.
3. Umfang der Haftung.
4. Ausschluss der Haftung.
IV. Die Stellung des § 278 BGB. zu
§ 831 BGB.

Litteratur.

smis, Haftung des Schuldners u. s. w. Dissertation Greifswald 1900.

bicht, Haftung des Unternehmers u. s. w. Dissertation Göttingen 1891.

aron, im Archiv f. civ. Praxis Bd. LII, LXXVIII.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten.

rückner, Haftung für das rechtwidrige Verhalten anderer u. s. w. Hannover 1901. (Sonderabdruck aus: Recht, 5. Jahrgang 1901, S. 299—302, S. 338—342, 373—375.

. Buchka, BGB. und gem. Recht. Berlin 1897, 3. Auflage.

urchardi, R., Über die Verantwortlichkeit des Schuldners u. s. w. Dissertation Kiel 1861.

onradi, A., Die Haftung des Schuldners u. s. w. Dissertation Göttingen 1896.

osack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. 3. Aufl. 1900.

„ Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl.

rome, System des deutschen bürgerl. Rechts. 2. Bd. 1. Hälfte, Tübingen und Leipzig 1902.

ernburg, Pandekten. 4. Aufl., Das bürgerl. Recht u. s. w. 2. Bd. 1./2. Aufl. 1899/1901.

reyer, in den Verhandlungen des 17. Juristentages, 1. Bd.

Eck, Vorlesung über das Recht der Schuldverhältnisse gehalten an der Universität Berlin. S.S. 1897.

Endemann, Einführung in das BGB. 8. Aufl. 1900/1901.

Enneccerus, in den Verhandlungen des 17. Juristentages, 2. Bd.

Fischer-Henle, BGB. 5. Aufl.

Entsch. d. Reichsgerichts Bd. X, XXXIII.

Gierke, Genossenschaftstheorie. Berlin 1885.

Goldschmidt, Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen. Zeitschr. f. Handelsrecht, Bd. XVI.

Guhl und Koher, Das Leben der Griechen und Römer u. s. w. Berlin 1862.

Hartmann, Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875.

Hasse, Haftung für fremde culpa. Bonn 1858.

Heussler, Institutionen des deutschen Privatrechts.

Hoffmann, Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen. Eine Studie u. s. w. Berlin 1902.

Ihering, Das Schuldmoment im röm. Recht.

Ihering, in seinen Jahrb. f. Dogmatik Bd. I.

Kuhlenbeck, in der juristischen Wochenschrift 1898, 27. Jahrg.

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB.

Maas, Bibliographie des bürgerl. Rechts. (Arch. f. bürg. Recht. Bd. XVI, XVIII, XIX, XX.)

Mataja, Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkt der Nationalökonomie.

Matthias, Lehrbuch des bürg. Rechts. 3./4. Aufl. 1900.

Mayer, in den Verhandlungen des 17. Juristentages Bd. I.

Meischeider, Die alten Streitfragen gegenüber dem Entwurf des BGB. bei Becker u. Fischer. Beiträge Heft 3. Berlin 1889.

Merkel, R., Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen.

Mugdan, Sämtliche Materialien zum BGB.

Nussbaum, Haftung für Hülfspersonen nach § 278 BGB. u. s. w. Dissertation Berlin 1898.

Örtmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Planck, Kommentar zum BGB.

Rang, Haftung des Schuldners u. s. w. Dissertation Bonn 1886.

Redlich, Curt, Die Haftung des Schuldners für die Personen u. s. w. Dissertation Greifswald 1901.

Rümelin, Die Gründe der Schadenszurechnung u. s. w. Leipzig 1896.

Seuffert's Archiv Bd. XXXIX.

Schollmeyer, Kommentar zum Rechte der Schuldverhältnisse, München 1899.

Schütz, Die Haftung für das Verschulden u. s. w. Dissertation Jena 1901.

Thöl, Handelsrecht 6. Aufl.

v. Thur, in der deutschen Juristenzeitung IV. Jahrgang Nr. 19.

Unger, Handeln auf eigene Gefahr, Ihering's Jahrb. Neue Folge, Bd. XXX.

Ubbelohde, Haftung des Schuldners u. s. w. in Goldschmidt's Zeitschr. f. Handelsr. Bd. VIII 1864 und im Arch. f. prakt. Rechtsw. Bd. VII 1860.
Zitelmann, Das Recht des BGB. Allg. Teil. 1900.
Wertheimer, Die Haftung des Schuldners u. s. w. Dissertation Erlangen 1899.
Wüstendörfer, § 1278 BGB. im Lichte des röm. Rechts, Dissertation Strassburg 1897.
v. Wyss, Die Haftung für fremde culpa 1867.
Windscheid, Pandekten, 8. Aufl. 1900/1901.

I. Einleitung.

Die vorliegende Arbeit hat es sich zur Aufgabe gestellt, darzulegen, wann der Schuldner nach § 278 BGB. für das Verschulden seiner Gehülfen zu haften hat. Damit scheidet die Betrachtung über das Einstehen des Schuldners für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters aus der Erörterung aus.

Der Verfasser dieser Arbeit verhehlt sich nicht, dass eine endgültige Entscheidung der Frage, wieweit die Grenzen zu ziehen sind, die den Geltungsbereich des § 278 BGB. anzeigen sollen, erst durch die Judikatur geschaffen werden kann; denn, wie von Thur[1] richtig bemerkt, eine Einigung der Juristen über unser Thema zu Wege zu bringen, muss als aussichtslos bezeichnet werden; der eine Kommentar glaubt in der Ausdehnung der Haftung für Dritte im Interesse des Publikums und des Verkehrs nicht weit genug gehen zu können, der andere erblickt gerade in der Einschränkung des Wirkungskreises des § 278 das den Verkehrsbedürfnissen und dem Wirtschaftsleben allein Genüge Thuende; je nach der Stellung, die der betreffende Schriftsteller den Forderungen der Neuzeit gegenüber einnimmt,

1) Deutsche Juristen-Zeitung VI. Jahrgang, Nr. 19. Seite 423.

ob er volkswirtschaftlichen Ideen huldigt, oder ob er noch im individualistischen römischen Geist befangen ist und die im BGB. verkörperten sozialpolitischen Gedanken mit misstrauischen Augen betrachtet.[1]

Um die hier zu behandelnden Fragen in ihrer Bedeutung besser würdigen zu können, erscheint es angebracht, eine kurze geschichtliche Einleitung, die uns den Werdegang des in dem § 278 enthaltenen Gedankens „Haftung für fremdes Verschulden" veranschaulicht, der eigentlichen Arbeit voraus zuschicken.

Auf eine eingehendere Darstellung des römischen und gemeinen Rechtes glaubte der Verfasser verzichten zu können, weil, wie schon erwähnt, dasselbe hinsichtlich unseres Themas in durchaus erschöpfenden Arbeiten (wir weisen nur auf die verdienstvollen Arbeiten von Wyss [Haftung für fremde culpa 1867] und von Goldschmidt [Haftung des Schuldners für Verschulden seiner Gehülfen, in seiner Zeitschrift für Handelsrecht, BA. 16 S. 284 ff.], die die Grundlagen für alle späteren Abhandlungen bilden, hin) dargestellt worden ist, und weil es durch das Inkrafttreten des BGBs. an Aktualität verloren hat.

---

1) Mit letzteren Worten soll aber nicht gesagt sein dass das römische Recht ein Feind jeder socialen Rechtsauffassung gewesen, und dass erst die moderne Gesetzgebung die Schöpferin und Trägerin volkswirtschaftlicher Tendenzen ist. Mit nichten. Auch im römischen Rechte finden sich schon Ansätze volkswirtschaftlicher Bestrebungen; ich erwähne nur die custodia Haftung des nauta und des conductor operis. (Siehe hierüber Wüstendörfer § 278 im Lichte des römischen Rechts, Diss. Strassburg 1897). Aber der Grundzug des römischen Rechtes bleibt doch: „Jeder hat das zu verantworten, was er verschuldet hat." Das eigene „Ich" ist der Götze, dem das römische Recht opfert. Es ist individualistisch.

II. Geschichtlicher Teil.

Wir finden bei allen Völkern, die sich noch im Anfangsstadium ihrer Entwicklungsjahre befinden, die naive Anschauung vertreten, dass nur derjenige, der einen Schaden verursacht hat, für diesen aufzukommen habe.[1] (Verursachungstheorie.) Der äussere, sinnfällige Anlass ist allein für die Schadensersatzpflicht massgebend. Das Willensmoment bleibt noch unberücksichtigt. Auch das älteste römische Recht huldigte dieser primitiven Rechtsauffassung.[2] Erst später, als sich mit dem allmählichen Aufblühen der Kultur das Rechtsgefühl der Römer vertiefte und verschärfte, erwachte das Verständnis für den Culpabegriff. Es brach sich die Erkenntnis Bahn, dass man bei der Frage, wer einen Schaden zu ersetzen habe, gerade auf die subjektive Seite entscheidendes Gewicht zu legen und nicht mehr wie früher einfach den Schadensverursacher zur materiellen Sühne heranzuziehen habe. Man war bestrebt, auch innerlich die Schadensersatzpflicht zu begründen. Und so

1) S. Endemann, Einführung in das BGB. Bd. I S 579.

2) S. Ihering, Das Schuldmoment im röm. Recht S. 40. Ebenso das alte deutsche Recht. „Wer unwillig gethan, muss willig zahlen" heisst es im Sachsenspiegel. s. Heussler, Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. II S. 262.

entwickelte sich Schritt für Schritt die Lehre von der culpa, und mit ihr kam der Satz zur Geltung; „Ohne Schuld keine Verantwortlichkeit.“ Die Römer führten nun mit der ihnen eigenen Konsequenz dieses Verschuldensprinzip, das dem römischen Recht sein charakteristisches Gepräge verliehen hat, schroff durch. Bald mussten sie aber die Erfahrung machen, dass die Interessen des Verkehrs sich nicht mit den starren Konsequenzen eines juristischen Prinzips vereinigen liessen. Denn der leichtbewegliche, flüssige Verkehr und Handel lässt sich nicht in Gesetze einzwängen, die dem Bestreben resultieren ein Rechtssystem theoretisch aufzubauen. Je mehr sich Rom zur Weltstadt entwickelte, desto unerträglicher und unleidlicher wurden die alten Rechtszustände. Die Weltstadt Rom erheischte ein Recht, das geeignet war, seinem Verkehrs- und Wirtschaftsleben die nötige Bewegungsfreiheit zu gewähren.

Nur ungern und zögernd bequemten sich die römischen Juristen dazu, diesem Verlangen Folge zu geben. Musste dieses doch auf Kosten des Verschuldensprinzipes geschehen, dessen Schaffung und Ausgestaltung so recht eigentlich dem individualistischen Geist des römischen Rechts entsprach. Wo aber der römische Jurist dem Verkehrsleben Zugeständnisse machte, da suchte er diesen Schritt sorgfältig zu begründen und ihn als Ausnahme von dem Verschuldensprinzip hinzustellen.

Bei dem receptum nautarum, cauponum, stabulariorum war es die gefährdete Verkehrssicherheit, die ihn veranlasste, die Eigentümer von Schiffen und

anderen Fahrzeugen namentlich aber die Gastwirte, die wegen ihrer improbitas in Rom in einem üblen Ruf standen, auf Grund der Aufnahme für die Person und die Güter der Reisenden während der Receptionszeit, nisi si quid damno fatali contingit. Idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit l. 3 § 1 nautae, caupones stabularii, ut recepta restituant D. 4,9 haften zu lassen ohne Rücksicht auf ihr Verschulden. Die Ansicht Nussbaum's, die übrigens Nussbaum von Windscheid II § 384 Note 4 adoptiert hat, dass diese Haftung auf einem formlosen Vertrage zwischen dem caupo und dem Reisenden basiere, mithin keine Ausnahme vom Verschuldensgrundsatze darstelle, ist eine blosse Vermutung, die keinen Anspruch auf Wahrscheinlichkeit hat; dann wäre die Nussbaum-sche Meinung richtig, so würden doch die römischen Juristen mit irgend einem Worte in den Quellen darauf hingewiesen haben, zumal es ihnen doch sehr erwünscht gewesen wäre, das Verschuldungsprinzip mit der Haftung des caupa u. s. w. zu vereinen.

Einen weiteren Ausnahmefall stellt die actio de effusis et eiectis dar. Der Inhaber der Wohnung, aus welcher etwas geworfen oder gegossen wurde, sollte für den dadurch entstandenen Schaden haften, ganz gleich ob er oder ein Dritter der Thäter war. Durch diese Massregel sollte die Sicherheit in den Strassen gehoben werden; zugleich sollte die

---

1) Nussbaum. Haftung für Hülfspersonen nach gemeinem und Landrecht. Diss. Berlin 1898 S. 7.

Rechtsverfolgung dem Publikum erleichtert werden; der betreffende Geschädigte brauchte sich auf Grund des Ediktes nur an den Inhaber der Wohnung zu halten, der ja leicht zu ermitteln war, und hatte es nicht nötig, langwierige Nachforschungen nach dem Thäter anzustellen, die ev. zu keinem Ergebnis führten.

Summa cum utilitate id Praetorem dixisse, nemo est, qui neget: publice enim utile est, sine metu et periculo per itinera commeari:" l. 1 pr. D. 9,3.

Die Rücksichtslosigkeit der Steuerpächter zeitigte ein Edikt (l. 1. pr. D. 39,4) des Prätors, wonach die Pächter von Staatseinkünften (publicani) für Ausschreitungen ihrer familia, sive liberi, sive servi alieni (l. 1,15 D. h. t.), die sie sich in Ausübung ihrer Amtsbefugnisse zu Schulden kommen liess, zu haften hatten. Quantae audaciae, klagen die Quellen l. 12 pr. D. h. t., quantae temeritatis sint publicanorum factiones nemo est qui nesciatidcirco praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit. Auch hier hat Nussbaum[1] gestützt auf eine Äusserung des Gaius (l. 13 § 3 h. t.) den Charakter dieser Haftung als eine Ausnahme von dem Verschuldungsgrundsatze wegzuinterpretieren gesucht. Es möge dahingestellt bleiben, ob Nussbaum in der Auslegung der Worte des Gaius das Richtige getroffen hat, jedenfalls vermag selbst sein Ergebnis, dass unser Fall

1) Nussbaum a. a. O. S. 8.

nicht über das Verschuldungsprinzip (verbunden mit der Noxalhaftung) hinausgehe, unsere Auffassung nicht zu erschüttern. Denn die Noxalhaftung ist eine Haftung für fremdes Verschulden, wenn sie auch schon in ihren Anfängen zu einer Zeit des römischen Rechts aufgestellt ist, wo noch das Verursachungsprinzip herrschte; die actiones noxales kommen doch für uns nur in der Gestalt in Betracht, die der Prätor ihnen im Laufe der Zeit gegeben hat, um sie den veränderten Verhältnissen anzupassen.

Die actiones adiecticiae qualitatis will Nussbaum[1] ebenfalls nicht als Abweichungen vom Culpaprinzip gelten lassen, weil bei ihnen ein eigentümlich geartetes Stellvertretungsverhältnis vorliege. Demgegenüber muss aber betont werden, dass eine Stellvertretung dem römischen Recht durchaus unbekannt war. Wenn nun aber, wie zugestanden werden muss, diese Klagen insofern etwas Besonderes an sich haben, als es sich bei ihnen nicht um das Einstehen des Geschäftsherrn für fremde Verletzungen des eigenen Vertrages sondern um das Aufkommen für fremde Vertragspflichten handelt, so kann doch auf Grund dieser Besonderheit die Thatsache nicht weggeleugnet werden, dass der Geschäftsherr für die Vertragsverletzungen seitens der institores und exercitores zu haften hatte.

Schliesslich ist noch zu erwähnen die Haftung der horrearii (Inhaber von Speichern und Packhöfen)

1) Nussbaum a. a. O. S. 7.

für Diebstahl und Sachbeschädigung, die noch gesteigert werden konnte durch ausdrückliche Übernahme von custodia bis zur Haftung für jede von Dritten verübte Gewalt. l. 55 D. locati conducti 19,2.

Durch diese Ausnahmebestimmungen war in ausreichender Weise Rom, als Metropole des Handels und Verkehrs Rechnung getragen worden: besonders gross war der Wirkungskreis der actiones adiecticiae qualitatis und der actiones noxales. Denn fast alle Geschäfte, sowohl die häuslichen, als auch namentlich die gewerblichen wurden von Sklaven besorgt. Selten verstanden sich freie Leute dazu, in ein dauerndes Dienstverhältnis zu treten: waren doch körperliche Arbeitsverrichtungen eines freien Mannes unwürdig. Und wenn Freie eine Stellung annahmen, so war es fast durchgängig eine selbständige wie die eines institor oder magister navis.

Als nun aber im gemeinen Recht mit den veränderten Wirtschaftsverhältnissen die actiones noxales und adiecticiae qualitatis wegfielen, da befand man sich in einer üblen Lage. Wie sollte man diese fühlbare Lücke in der Rechtordnung ausfüllen?

Man versuchte es, auf Gaius l. 25 § 7 D. loc. cond. 19,2 und l. 40, 41 h. t. fussend, zuerst nur für den conductor operis[1] dann aber auch all-

1) So hat namentlich Ubbelohde in seiner Abhandlung „Haftung des Schuldners für seine Gehilfen u. s. w." in Goldschmidts Zeitschr. für Handelsr. Bd. VII (1864) und im Archiv für prakt. Rechtswissensch. Bd. VII 1860 die unbedingte

gemein[1] aus dem Wesen der locatio conductio operis heraus die Haftpflicht des Geschäftsherrn für seine Gehülfen zu konstruieren.

Diese Bestrebungen haben aber zu keinem entscheidenden Ergebnis geführt.

Die Praxis hat aber, als in Deutschland die Grossbetriebe immer mehr an Ausdehnung gewannen, um den gesteigerten Anforderungen des Verkehrs gerecht zu werden, für die grossen Transportanstalten namentlich die Eisenbahnen die unbedingte Haftpflicht der Unternehmer für die schuldhaften Handlungen, wenn auch erst nach anfänglichen Schwanken anerkannt und den einmal beschrittenen Weg konsequent in den letzten Jahrzehnten verfolgt, so dass man in dieser Beziehung

---

Verantantwortlichkeit des conductor operis für seine Gehülfen vertreten. Ebenso Dernburg. Pand. (4. Aufl.) II § 113 A. 13 u. § 38 A. 8.

Conradi: Die Haftung des Schuldners für Gehülfen und Substituten. Diss. Göttingen 1896 S. 31 ff. Baron: Arch. f. civ. Pr, Bd. LII, LXXVIII. Goldschmidt: „Über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen," Zeitschr. f. Handelsr. Bd. 16 S. 287 ff.

Den entgegengesetzten Standpunkt vertritt Hasse: Haftung für fremde Culpa S. 111 ff. Thöl: Handelsrecht (6. Aufl.) § 33, von Wyss die Haftung für fremde culpa, Windscheid, Pand. II § 401 Anm. 3.

1) Enneccerus in den Verhandlungen des 17. Juristentages II S. 104 f. hat eine Theorie aufgestellt, die die unbedingte Haftpflicht für alle Verträge statuiert. Er sagt: „Wenn die obligatio in der Erfüllung eines Privatinteresses des Gläubigers besteht, so kann der Schuldner nicht blos für eine eigene Handlung, sondern auch für die eines Dritten haften, wenn sich in dieser das Privatinteresse des Gläubigers ausdrückt."

geradezu von einem deutschen Gewohnheitsrecht sprechen kann.[1]

Den Niederschlag dieser Rechtsüberzeugung stellt das Reichshaftpflichtgesetz vom 7. Juni 1871 dar, welches auf dem Gebiete des Schadensersatzes einen gewaltigen Fortschritt bedeutet.

Dasselbe bestimmt in § 1.

„Wenn bei einem Betriebe einer Eisenbahn ein Mensch getötet oder körperlich verletzt wird, so haftet der Betriebsunternehmer für den dadurch entstandenen Schaden, sofern er nicht beweist, dass der Unfall durch höhere Gewalt oder durch eigene Schuld des Getöteten oder Verletzten verursacht sei."

Hiernach haftet also der Unternehmer unbedingt ohne Rücksicht darauf, ob ihn oder seine Gehülfen ein Verschulden trifft, abgesehen von höherer Gewalt und eigener Schuld des Verletzten.

§ 2 bestimmt:

„Wer ein Bergwerk, einen Steinbruch, eine Gräberei (Grube) oder eine Fabrik betreibt, haftet, wenn ein Bevollmächtigter oder ein Repräsentant oder eine zur Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes oder der Arbeiter angenommene Person durch ein Verschulden in Ausführung der Dienstverrichtungen den Tod oder die Körperverletzung

1) Seuffert's Archiv XXXIX No. 11, Entsch. v. 21. Juni 1883, Entsch. des Reichsgerichts Bd. X No. 45, Bd. XXXIII No. 36. (I. Civilsenat Urt. v. 9. April 1894), vgl. auch Conradi a. a. O. S. 54; Nussbaum a. a. O. S. 32; Wertheimer: Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen nach dem Rechte des BGB. Diss. Erlangen 1899 S. 12.

eines Menschen herbeigeführt hat, für den dadurch entstandenen Schaden."

Während die Haftpflicht der Eisenbahnen schon im Wesentlichen bei einzelnen Bundesstaaten bestanden hatte und durch das Reichsgesetz nur auf das ganze deutsche Reich ausgedehnt wurde, so bedeutet die in § 2 konstituirte Haftpflicht etwas ganz Neues. Keiner von den Bundesstaaten — abgesehen von dem Gebiet des französischen Rechts — hatte eine ähnliche Bestimmung zum Schutz gegen die Gefahren des Betriebes der genannten Unternehmungen getroffen.

Der durchgreifende Unterschied zwischen § 1 und § 2 besteht darin, dass bei der Eisenbahn die Thatsache der Beschädigung für die Haftung genügt, abgesehen von den erwähnten Einschränkungen, während der § 2 neben dieser Thatsache das Verschulden der Angestellten erfordert.

Auch das HGB. sah sich genötigt dem Ansturm der wirtschaftlichen Forderungen wenigstens in einigen Punkten nachzugeben. Es stellte die Haftpflicht der Erachtführer und Rheder für das Verschulden ihrer Angestellteu und Bediensteten auf. Zur Statuierung einer allgemeinen Haftpflicht des Prinzipals für das Verschulden seiner Gehülfen, wie es der preussische Entwurf des allgemeinen Handelsgesetzbuches in seinen Artikeln 42, 50, 57 hinsichtlich der nnerlaubten Handlungen des Hülfspersonals in Ausführung eines Geschäfts wollte, konnte sich das HGB. nicht entschliessen.

Erst das bürgerliche Gesetzbuch hat in seinem § 278 ganz allgemein, ohne Rücksicht auf besondere Schuldverhältnisse, die Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Gehülfen angeordnet und hat damit eine alte soziale Schuld eingelöst.

§ 278 lautet:

„Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden.

Die Vorschrift des § 276 Abs. 2 findet keine Anwendung."

III. Die Haftung des Schuldners auf Grund des § 278.

1) Civilistische Konstruktion des § 278 BGB.

Die Frage nach der zivilistischen Konstruktion des § 278 ist keine blosse theoretische Spielerei. Von der richtigen Beantwortung derselben hängt eventuell die Auslegung des § 278 ab. Wir sagen eventuell. Denn kommt man bei der Untersuchung dieser Frage zu dem Ergebnis, dass eine allgemeine Rechtsidee dem § 278 nicht zu Grunde liegt, so wird man sich mit der Erkenntnis begnügen müssen, dass die Begrenzung des § 278 aus anderen Gesichtspunkten zu erfolgen habe.

Zunächst wollen wir die bisher aufgestellten Theorieen auf ihre Brauchbarkeit hin prüfen.

1. Die Motive[1] führen unter Anderen folgenden Grund zur Rechtfertigung des § 278 an: „Mit Recht lässt sich für den heutigen Verkehr sagen, dass der Schuldner, welcher sich der Hülfe Dritter bei der Erfüllung der Leistung bedient, in eigenem Interesse und folgeweise auch auf seine Gefahr handelt.“ Mit dieser Begründung hat der Gesetzgeber auf eine Theorie zurückgegriffen, die

1) Motive II, S. 30.

in dieser Gestalt zuerst von Unger",[1] der seinerseits wieder in gewissem Sinne in Ihering[2] seinen Vorläufer hat, aufgestellt ist allerdings nicht zur Begründung des § 278. Unger sagt nämlich Folgendes: „Der Schuldner zieht die Gehülfen hinzu, um eine ihm obliegende Leistung zu bewirken, um seine eigene Verbindlichkeit zu erfüllen; er trifft die Auswahl für sich, für sein Geschäft in eigener Angelegenheit. Es ist seine Sache, die rechten Leute zu wählen, begeht er ungeachtet aller Sorgfalt einen Fehlgriff in der Auswahl, so kann er den Misserfolg nicht auf den ganz unbeteiligten Gläubiger abwälzen, sondern muss ihn sich selbst zuschreiben und ihn sich zur Last legen. Wie das korrekte Verhalten der Gehülfen dem Schuldner zum Vorteil dient, so muss anch das schuldhafte Verhalten derselben ihm zum Nachtheile ausschlagen. Der Schuldner, der die Gehülfen in seinem Interesse verwendet, verwendet sie auf seine Gefahr." Den Unger'schen Standpunkt vertritt ebenfalls Kuhlenbeck[3] und Abicht.[4]

Man muss unbedingt zugeben, dass die Unger-schen Ausführungen auf den ersten Blick bestechen.

1) Unger. Handeln auf eigene Gefahr, S. 390. Ihering's Jahrbücher Neue Folge. Bd. 30.

2) Ihering. „Schuldmoment im röm. Privatrecht" S. 47 führt Folgendes aus: „wer die Leistung selber zu beschaffen hat und durch einen andern vornehmen lässt haftet für dessen culpa schlechthin. Denn so gut dem Verkäufer die Unkenntnis der Fehler der Sache, so gut könnten ihm die Fehler der von ihm zugezogenen Person zur Last gelegt werden."

3) Kuhlenbeck. In der juristischen Wochenschrift 27. Jahrgang. 1898 S. 348.

4) Abicht. Haftung des Unternehmers bei einer Werkverdingung. Diss. Göttingen 1891 S. 15.

In geschickter Weise hat es Unger verstanden, an unser Billigkeitsgefühl zu appellieren. Macht man sich aber von dieser augenblicklichen Gefühlsregung frei und prüft nüchtern die Voraussetzungen der Unger'schen Theorie, so wird man ihr wohl die Existenzberechtigung absprechen müssen.
Unger behauptet, dass nur der Schuldner an der Gehilfenzuziehung ein Interesse habe.

Dem gegenüber muss doch hervorgehoben werden, dass die Interessen des Gläubigers und Schuldners mindestens gleiche[1] sind. Denn um des Gläubigers wegen ist doch die Obligation da. Sie soll dem Gläubiger irgend ein Gut verschaffen und seine Interessen werden in erster Linie durch sie befriedigt.

Nun gut, könnte man einwenden, damit ist aber immer noch nicht bewiesen, dass die Gehülfenzuziehung nicht allein im Interesse des Schuldners geschieht oder positiv ausgedrückt, dass auch dem Gläubiger die Gehilfenzuziehung Vorteil bringt. Bisher war nur davon die Rede, dass die Obligation als solche sowohl im Interesse des Gläubigers wie des Schuldners liege.

Dieser berechtigte Einwurf lässt sich durch folgende Erwägung aus der Welt schaffen.

Fast in allen Fällen wird der Schuldner deshalb zur Erfüllung der Verbindlichkeit sich der Hülfe Dritter

1) Merkel: „Kollision rechtmässiger Interessen" S. 151 macht schon auf diesen Punkt aufmerksam, dass die Interessen des Schuldners und Gläubigers an sich gleiche sind. Derselben Ansicht auch Hoffmann „Die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen". Berlin 1902 S. 34.

bedienen, weil die Erfüllung an und für sich gewöhnlich in Handlungen besteht, die keine allzu grosse Anforderungen an das Wissen und Können der betreffenden Personen stellen. Der Schuldner will seine Arbeitskraft, die wertvoller als die der Gehülfen ist, auf Arbeiten verwenden, die seiner Leistungsfähigkeit entsprechen z. B. auf das Anbahnen neuer Geschäftsverbindungen, auf die Verwaltung des Geschäftes u. s. w. Er wird natürlich auch darauf achten, dass die Gehülfen ihrem inneren Werte nach ihren Platz in dem Geschäfte angewiesen erhalten. Z. B. wird er seinen ersten Secretär nicht zu Botengängen benutzen. Die Folge dieser Arbeitsteilung ist, dass er wohlfeiler liefern kann, als wenn er selbst jede einzelne Ausführungshandlung vornehmen würde. Und diese Wohlfeilheit, dieses Plus kommt dem Gläubiger zu Gute. Ja, wird man sagen, der Schuldner kann ja trotzdem die Preise fordern, die er nehmen musste, wenn er selbst alles besorgen würde. Wer zwingt ihn dann dazu, den Preis verhälnismässig herabzusetzen? Die Konkurrenz.

Wir wollen dieses Thema, welches auf nationalökonomischem Gebiete liegt, nicht weiter ausführen; aber wir glauben hoffen zu dürfen, dass auch schon aus dem eben Gesagten erhellt, dass die Gehülfenzuziehung durchaus nicht allein im Interesse des Schuldners, sondern auch in dem des Gläubigers liegt.

Mit dieser Erkenntnis fällt die Theorie von Unger.

Aber noch ein anderes Bedenken, das in dem Gesetzbuch selbst enthalten ist, zeigt die Haltlosigkeit der Unger'schen Theorie.[1] Nehmen wir einmal an, Unger hätte mit seiner Behauptung Recht, dass der Schuldner nur in seinem Interesse die Gehülfen verwendet, und dass er deshalb auch allein den Schaden zu tragen habe. Nach Unger müsste nun der Geschäftsherr, wo seine Gehülfen dritte Personen, die ausserhalb der Obligation stehen, also selbstverständlicherweise an der Gehülfenzuziehung gänzlich uninteressiert sind, beschädigen, unbedingt für den angerichteten Schaden aufkommen. Was sagt aber § 831? Nur dann hat der Geschäftsherr Ersatz zu leisten, wenn er bei der Auswahl der Gehülfen es an der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen oder sie schlecht beaufsichtigt hat, oder wenn der Schade auch trotz der guten Auswahl und Beaufsichtigung entstanden wäre. Das BGB. kehrt also hier wieder zu dem Verschuldungsprinzipe zurück, und macht damit die Anwendbarkeit der Unger'schen Theorie auf § 278 unmöglich.

2. Billigkeitserwägungen sind es auch, aus denen Ubbelohde heraus die unbedingte Haftpflicht des Prinzipals für seine Gehülfen verteidigen will. Ubbelohde führt aus „dass ja der Prinzipal einen

---

1) Siehe auch Nussbaum a. a. O. S. 46; Wertheimer a. a. O. S. 21; Hoffmann a. a. O. S. 34.

2) Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. VII S. 260.

grossen Teil seines Unternehmergewinnes der Thätigkeit der Gehülfen verdanke, und es demgemäss auch nicht mehr als billig sei, wenn ihm der Betrag des durch die Thätigkeit eben dieser Gehülfen angerichteten Schadens gewissermassen als zufällige Generalspesen am Unternehmergewinne abgesetzt werde." Der Schuldner müsste demnach einen Preisaufschlag machen, um sich gegen den ev. durch seine Gehülfen angerichteten Schaden zu decken. Diese Theorie wäre aber, selbst wenn sie stichhaltig wäre, nur für zweiseitig vepflichtende Verträge verwendbar, während doch der § 278 BGB. auf alle Schuldverhältnisse, also auch auf die einseitigen Anwendung zu finden hat. Aber auch bei den zweiseitig verpflichtenden Verträgen erweist sich die Theorie von Ubbelohde als nicht ausreichend begründet.[1] Denn eine derartige Gefahrsprämie zu erheben, ist nur der Grossindustrielle im Stande. Der Kleingewerbetreibende hat gar nicht die Möglichkeit dazu. Er hat im Jahr zu wenig Lieferungen, als dass er nach dem Durchschnitt des bei den Lieferungen erlittenen Schadens eine annähernd richtige Assekuranzprämie berechnen könnte. In einem Jahr wird vielleicht der Durchschnitt ein niedriger, im folgenden ein aussergewöhnlich hoher sein. Dem Kleingewerbetreibenden würde nichts anderes übrig bleiben, als Jahre lang Statistiken zu führen, um vielleicht nach einem oder zwei Jahrzehnten ein genügend sicheres Material für die Aufstellung einer Gefahrsprämie zu haben.

1) Ders. Ansicht Hoffmann a. a. O. 38.

Es ist wohl selbstverständlich, dass ein Kleingewerbetreibender, der, um mich eines vulgären Ausdrucks zu bedienen, von der Hand in den Mund lebt, gar nicht daran denken kann, Jahrzehnte lang derartige Experimente anzustellen.

Nun könnte er aber vielleicht für jeden einzelnen Fall einen verschieden hohen Preisaufschlag machen, je nach der Grösse der Gefahr, die für ihn mit dem Auftrage verbunden ist. Das ist aber m. E. praktisch undurchführbar. Wenn ein Dekorateur z. B. den Auftrag erhält sämtliche Gardinen, Portieren u. s. w. in einem Palais anzubringen, soll er nun für das Fach Fenster im Domestikenzimmer einen vielleicht zehnfach niedrigeren Preis nehmen, als für das Fach im Herrenzimmer, weil sich in letzterem kostbare Vasen, Gemälde, Tapeten u. s. w. befinden, die bei der Tapeziererarbeit beschädigt werden können. Wir glauben ein derartiges Verhalten des Dekorateurs würde ihm zum Mindesten ein verwundertes Kopfschütteln auf Seiten seiner Auftraggeber eintragen, wenn nicht gar den Verlust der Kundschaft. Und ausserdem würde wohl ein derartiger Preisaufschlag immer ein willkürlicher sein müssen, da der betreffende Schuldner wohl nicht in der Lage sein wird, alle Chancen richtig in jedem einzelnen Falle abzumessen.

Schliesslich erscheint uns die Ubbelohde'sche Begründung auch aus folgendem Gesichtspunkt heraus ungeeignet zu sein.

Die von Ubbelohde beregte Assekuranzprämie wird doch wohl erst dann erhoben werden

können, wenn eine Bestimmung wie die des § 278 im Gesetz vorgesehen ist. Es ist nun m. E. nach nicht angängig aus den Folgeerscheinungen eines Gesetzes auf seine theoretische Begründung schliessen zu wollen.

3. Cosack[3] in seinem Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches glaubt deshalb die Haftung des Schuldners begründen zu können, „weil der andere zu dem Thäter in besonders naher Beziehung steht und gleichsam einen einheitlichen Organismus mit ihm bilde".

Cosack scheint damit den Gedanken aufgenommen zu haben, den schon Gierke in seiner „Genossenschaftstheorie" S. 803 ausgesprochen hat. „Der Ursprung aller Haftung für fremdes Verschulden liegt in der ehemaligen Einheit des häuslichen Verbandes, den der Hausherr als Träger dieser Einheit nach innen zu beherrschen und nach aussen zu vertreten hatte. Immer aber ist bei allen Verzweigungen des Phänomens der eigentliche Grund ein Herrschaftsverhältnis geblieben, vermöge dessen in einem bestimmten Bereiche die Persönlichkeit durch eine ihrer Willensbethätigung als Werkzeug dienende fremde Persönlichkeit erweitert wird und mit dem Zuwachs an Willensmacht nun auch eine entsprechende Verantwortlichkeit für Willensfehler in dieser Sphäre übernehmen soll. Die Haftung erscheint somit als Ausfluss einer eigenartigen Personenverbindung, welche ihren personenrechtlichen

1) Cosack. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Aufl.

Typus selbst da nicht verleugnet, wo das positive Recht sie in das Obligationenrecht verweist."

Wenn auch eine derartigeüErklärung der Haftung für fremdes Verschulden für das altdeutschrechtliche Verursachungsprincip zutreffend sein mag, lo lässt sie sich aber nicht für das bürgerliche Gesetzbuch verwerten. Denn, wie Gierke in den Schlussworten jener Auseinandersetzung selbst darauf hinweist, handelt es sich bei der Haftung des Schuldners für seine Gehülfen um rein obligatorische Verhältnisse, die auf der einen wie der anderen Seite Rechte und Pflichten erzeugen. Der Gedanke eines Herrschaftsverhältnisses, krafft dessen in einem bestimmten Berufe die Persönlichkeit durch eine ihrer Willensbethätigung als Werkzeug dienende fremde Persönlichkeit erweitert wird, lässt sich für obligatorische Verhältnisse, wie sie in unserem Rechtsleben heute gesetzgeberisch festgelegt sind, nicht verwenden. Die beiden einzigen Fälle, wo noch ein Anklang an das altdeutsche Herrschaftsverhältnis vorhanden ist, das Dienstverhältnis des Dienstboten zu ihrer Herrschaft, des Lehrlings zu seinem Meister stellen sich im Hinblick auf das Anwendungsgebiet des § 278 BGB. auf die gesamten Schuldverhältnisse nur als ein kleiner Bruchteil des Geltungsberciches des § 278 BGB. dar. Wenn nun auch bei den meisten Fällen Fällen ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis nicht allein materieller, sondern moralischer Natur zwischen dem Schuldner und seinem Erfüllungsgehülfen besteht, so fällt letzteres Moment doch unzweifelhaft fort, wenn der Schuldner die geschuldete Sache

einem Freunde, Dienstmann, der Eisenbahn, Post oder einem kleinen Jungen übergiebt.[1] Vollends versagt aber die Theorie Gierkes bei der Frage, warum der Schuldner für das Verschulden seiner Gehülfen Dritten gegenüber nicht unbedingt und für unverschuldete Schadenszufügung seitens der Gehülfen gegenüber dem Gläubiger nicht haftet.

4. Auf einer Fiktion beruht die Theorie der Garantieübernahme, die von Kuhlenbeck[2] und auch von den Motiven[3] vertreten wird. Die Motive bemerken zu § 278: „Wenn der Schuldner eine Leistung versprochen hat, so erblickt der heutige Verkehr in diesem Versprechen auch die Übernahme einer Garantie für das ordnungsmässige Verhalten derjenigen, deren Mitwirkung sich bei der Leistung zu bedienen, dem Schuldner ausdrücklich oder stillschweigend gestattet ist."

Demgegenüber muss aber festgestellt werden, dass die Übernahme einer Garantie nicht aus der Thatsache der Gehülfenzuziehung gefolgert werden kann. Eine derartige Behauptung mangelt jeden Beweises. Sie ist eine blosse Hypothese, die der thatsächlichen Unterlage entbehrt. Die stillschweigende Garantieübernahme ist durchaus nicht selbstverständlich, wie die Motive glauben machen wollen. Wenn den Schuldner nicht direkt eine Gesetzesbestimmung zur Haftung für seine Gehülfen ver-

1) Hoffmann a. a. O. S. 55.
2) Kuhlenbeck a. a. O. S. 348.
3) Motive, Bd. II S. 30.

pflichtet, so wird er wohl ganz entschieden die Zumutung von sich abwehren, als hätte er stillschweigend Garantie für seine Gehülfen übernommen.

5. Wir wenden uns nun den Theorien zu, die auf dem 17. deutschen Juristentage bei der Erörterung der Frage „Wie weit hat der Arbeitgeber für das Verschulden seiner Gehülfen zu haften?“ zur Sprache gekommen sind.

Mayer[1] will den Arbeiter als Werkzeug betrachtet wissen; bedient sich der Arbeitgeber dessen zu rechtswidrigen Zwecken, so haftet er für eigene Schuld; misslingt ihm aber ohne seine Schuld die Leistung, so hat er für sein Werkzeug aufzukommen.

Ist nun schon an und für sich die Auffassung, dass ein Arbeiter ein mit Willen und Wissen begabtes Wesen, als ein totes Wesen anzusehen sei, juristisch verfehlt, so ist doch noch darauf hinzuweisen, dass der Schuldner nur dann für sein mangelhaftes Werkzeug haftet, wenn ihm der Mangel bekannt war, oder er ihn hätte kennen müssen, denn sonst stellt sich für ihn die Schadenszufügung als ein Zufall dar, für den er nach den allgemein geltenden Grundsätzen nicht zu haften hat. Ausserdem steht dieser Theorie noch der § 831 BGB. entgegen. Warum soll der Arbeitgeber nur für innerhalb der Obligationssphäre angerichteten Schaden unbedingt einzustehen haben? Ist es doch stets sein Werkzeug, das Schaden anrichtet.

---

1) Verhandlungen des 17. D. Juristentages Bd. I S. 125 ff.
2) Verhandlungen des 17. D. Juristentages Bd. I, S. 97.

6. Dreyer[1] hat auf dem Juristentag eine Veranlassungstheorie entwickelt, welche dahin geht, dass derjenige, welcher an etwas „schuld sei", auch den Schaden daraus zu tragen habe. Er beruft sich für die Richtigkeit seiner Theorie auf die Quellen. Wenn Dreyer den Ausdruck „schuld an etwas sein" in seiner wahren Bedeutung verstanden wissen will, dann hätten wir es mit einer verkappten Veranlassungstheorie zu thun, die aber ebenfalls, wie die Werkzeugstheorie an dem § 831 scheitert. Auch die §§ 826, 827 sprechen gegen diese Theorie, da in ihnen ausdrücklich bestimmt ist, dass man nicht für verursachten Schaden aufzukommen habe, dass vielmehr noch auf Seiten des Thäters gewisse subjektive Momente (wie Willensfähigkeit, Vorsatz u. s. w.) hinzukommen müssen. Es würde auch zu unleidlichen Folgen im Wirtschaftsleben geführt haben, hätte man die Schadensersatzpflicht einzig und allein auf das thatsächliche Moment der Verursachung basieren wollen.[2]

7. Dreyer hat noch eine zweite Theorie auf dem 17. Juristentag verfochten.

„Entscheidend ist die Thatsache, so führt er aus, dass der Arbeiter an Stelle des Arbeitgebers mit Wissen und Willen desselben handelt. Beruht auch das Verhältnis des Arbeiters zu seinem Arbeitgeber nicht auf einem Mandate, so befolgt er doch bezüglich der ihm anvertrauten Arbeit Vollmacht.

1) Verhandlungen des 17. D. Juristentages Bd. I S. 97.
2) Auch Abicht a. a. O. S. 39 ist der Ansicht, dass die Veranlassungstheorie unhaltbar sei.

Diese ist die rechtliche Macht, fremde Rechtsgeschäfte mit der Wirkung zu verrichten, als ob der Geschäftsherr selbst gehandelt hätte, um damit das Handeln des letzteren zu ersetzen". [1] Diese Theorie besticht auf den ersten Blick, spricht doch auch § 278 vom gesetzlichen Vertreter, so dass man leicht auf den Gedanken kommen kann, dass das BGB. mit den anderen Personen, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, die rechtsgeschäftlichen, im Gegensatz zu den gesetzlichen Vertretern gemeint hat. Diese Auffassung wird aber durch die Motive [2] widerlegt, aus denen hervorgeht, dass das BGB. nur der Vollständigkeit halber der gesetzlichen Vertreter Erwähnung gethan hat, nicht aber, um die gesetzlichen Vertreter den anderen Personen als homogene Teile gegenüberzustellen. Dafür spricht auch die juristische Stellung, die die Gehülfen in den meisten Fällen bei der Ausführung der Leistung einnehmen. Die Gehülfen sind nur ausführende Organe in der Hand ihres Geschäftsherrn. Ihre Mitwirkung ist rein faktischer Natur. [3] Der Schuldner ist und bleibt der Geschäftsherr, d. h. er allein hat den Erfüllungswillen, während den Gehülfen der zur Entstehung eines Rechtsgeschäfts erforderliche Wille mangelt. Zumeist ist es auch dem Gehülfen ganz unmöglich,

1) Verhandlung des 17. D. Juristentages Bd. I S. 97 ff.

2) Motive, Bd. II S. 30 ff.

3) So auch Fischer und Henle Kommentar zum BGB. S. 86; Endemann a. a. O. Bd. I, S. 343,2; Ihering in seinen Jahrb. Bd. I, S. 274 f.; Wertheimer a. a. O. S. 26; Abicht a. a. O. S. 40; Nussbaum a. a. O. S. 44; Hoffmann a. a. O. S. 59 ff.

selbst wenn man die Stellvertretungstheorie als richtig anerkennen wollte, eine Willensbildung gegenüber dem Gläubiger vorzunehmen, da er in vielen Fällen gar nicht wissen kann, ob er für den X oder den Y oder gar für den Schuldner selbst das betreffende Stück arbeitet. Die Arbeiten der Gehülfen sind, wie schon hervorgehoben, rein faktischer Natur, und ist es dem Gehülfen ganz gleichgültig, für wen die Arbeit bestimmt ist. Der Gehülfe tritt zu dem Gläubiger in gar kein Verhältnis. Er erfüllt nur die Anweisungen seines Arbeitgebers. Nur nach innen liegt vielleicht eine Art Stellvertretungsverhältnis vor. Aber auch dort nicht immer. Denn häufig ist der Geschäftsherr persönlich nicht in der Lage, die den Gehülfen aufgetragenen Handlungen selbst zu vollziehen, weil es ihm an der nötigen Fertigkeit u. s. w. gebricht.

Wenn also demgemäss die Gehülfen gar nicht an Stelle des Geschäftsherrn handeln, wie können sie ihn dann vertreten?

Schliesslich wäre noch gegen diese Theorie anzuführen, dass eine Vollmacht zu schuldhaften Handlungen juristisch ein Unding ist.

7. Jetzt wenden wir uns einer Theorie zu, die schon im gemeinen Recht und in gewissem Sinne auch schon im Corpus iuris civilis aufgestellt worden ist, nämlich der sogenannten Erfolgstheorie. Auch die Motive[1] haben sich dieselbe zu eigen gemacht; „In seiner Eigenschaft als Schuldner, welcher zur

1) Motive, Bd. II S. 30.

Leistung verpflichtet ist, kann sich der Schuldner der Verantwortung nach Massgabe der von ihm in dem betreffenden Schuldverhältnisse zu beachtenden Diligens für diejenigen nicht entschlagen, welche er bei den ihm dem Gläubiger gegenüber obliegenden Handlungen zuzieht." Also weil der Schuldner zur Leistung verpflichtet ist, deshalb habe er für seine Gehülfen einzustehen.

Nur eigentlicher Zufall exkulpiere den Schuldner. Würde aber der Erfolg durch Verschulden gut ausgewählter und instruierter Gehülfen unmöglich, so habe das, wie es in einer Reichsgerichtsentscheidung heisst,[1] der Schuldner mit sich selber auszumachen. Ja weshalb! Ist etwa ein schuldhaftes Verhalten gut ausgewählter und instruierter Gehülfen für den Schuldner kein Zufall? Wenn ich den Erfolg zu prästieren habe, so müsste ich auch für eigentlichen Zufall aufzukommen haben. Dem widerspricht aber der § 276 BGB., wonach Zufall den Schuldner befreit. Damit erledigt sich die Erfolgstheorie für das BGB.

9. Zwei Theorien wollen aus den Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches heraus den § 278 erklären.

Wertheimer[2] argumentiert folgendermassen. Der Schuldner dürfe, wenn es ihm nach dem Vertrage gestattet sei, Gehülfen zuzuziehen, nicht eine beliebige Person verwenden; sondern diese Person sei jedenfalls ihrer Qualität nach soweit

1) RG. a. a. O. S. 167.
2) Wertheimer a. a. O. S. 28 ff.

bestimmt, als sie gewisse technische Fertigkeiten haben müsse d. h. solche Eigenschaften, die sie in die Lage setzen, gerade die spezielle Verrichtung nach Massgabe der dabei anzuwendenden technischen Regeln und Fertigkeiten auszuführen. Es zeige sich somit, dass die Arbeitskräfte, deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Obligation bedienen dürfe, generell bestimmt seien. Nun habe aber der Gattungsschuldner nach § 241 BGB. eine Sache von mittlerer Art und Güte zu liefern. Als Durchschnittsmensch sei derjenige anzusehen, der die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachte. (Technische Arbeitskraft.) Wenn nun der Schuldner eine Person sende, die diese Diligens nicht anwende, so sei dies nicht die von ihm geschuldete „technische Arbeitskraft." Folglich sei Schuldner seinen vertragsmässigen Pflichten nicht nachgekommen, habe also für den hierdurch entstandenen Schaden auf zukommen.

Demgegenüber liesse sich entgegnen, dass der Schuldner dadurch, dass er Personen auswählt, welche den an sie zu stellenden Forderungen in technischer und moralischer Hinsicht genügen, vollkommen seine Pflicht erfüllt habe. Diese so ausgewählten Personen stellen sich als die geforderten „technischen Arbeitskräfte" dar. Wenn die Gehülfen also trotzdem ihre Pflicht nicht erfüllen, so hat der Schuldner nicht Ersatz zu leisten.

Wertheimer sucht nun diesem Einwand dadurch zu begegnen, dass er sagt, es komme nicht darauf an, ob der betreffende Gehülfe sich in

anderen Fällen als eine „technische Arbeitskraft" erwiesen habe, sondern dass es erforderlich sei, dass er sich im gegebenen Fall bei der Erfüllung der betreffenden Obligation als eine solche bewähre. Damit verlangt aber Wertheimer vom Schuldner nichts mehr und nichts weniger, als dass er sich solcher Gehülfen bediene, die auch wirklich den Enderfolg herstellen. Dieses Verlangen ist aber im Grunde genommen nichts weiter, als vom Schuldner direkt das ἀποτέλεσμα zu erfordern. Demgemäss würde der weithergeholten Wertheimer'schen Erfolgstheorie im Gewande des bürgerlichen Gesetzbuches dasselbe entgegenzuhalten sein, wie die schon behandelten einfachen Erfolgstheorien.

10. Auch Asmis[1] kommt bei der Erforschung der zivilistischen Konstruktion im Grossen und Ganzen auf eine Erfolgstheorie heraus. Asmis knüpft an den § 242 BGB. seine Ausführungen. Der § 242 erfordere bei der Bewirkung der Leistung die Anwendung von Treu und Glauben, wie sie der Verkehrssitte gemäss geboten erscheine. Treu und Glauben gebieten, dass der Schuldner die Leistung in der vertragsmässigen Form ohne Beeinträchtigung des Gläubigers vornehme. Daher habe der Schuldner auch für das Verschulden seiner Gehülfen zu haften. Wenn wirklich, was wir dahingestellt sein lassen wollen, Treu und Glauben von dem Schuldner die Erfolgsgranstierung erheischen, so ist damit immer noch nicht erklärt, weshalb Zufall und höhere Gewalt den Schuldner von der Haftung befreien soll.

1) Asmis a. a. O. S. 56 ff.

11. Schliesslich sei es uns noch gestattet, auf eine Theorie einzugehen, die Hoffmann in seiner schon citierten Schrift von diesem Jahre ausführlich begründet hat. Hoffmann[1] glaubt in dem Moment der Gefährdung den Grundgedanken für die in dem § 278 statuierte Gehülfenhaftung gefunden zu haben. Seine Erklärung des § 278 sei zwar kein streng juristisch formulierbares Prinzip, dem sich die ganze Schadensersatzhaftung auf objektiver Grundlage oder ein bestimmt abgrenzbarer Teil derselben unterordnen liesse, sondern nur eine Tendenz, deren Anwendbarkeit auf einen bestimmten Gesetzesinhalt erst speziell untersucht werden müsse, die aber, wenn diese Anwendbarkeit einmal festgesetzt sei, doch die Eigenheiten des Falls zu erklären vermöge. Nach Hoffmann stellt sich die Gehülfenzuziehung als eine die Interessen des Gläubigers gefährdende Handlung des Schuldners dar. An die Gefährdung, die in jeder schadenstiftenden Handlung gefunden werden könne, eine unbedingte Verantwortlichkeit zu knüpfen, könne aber die Tendenz des Gesetzes nicht sein. Die Gefährdung, mit welcher das Gesetz eine Haftung verbinde, müsse deshalb eine besonders ausgezeichnete sein. Besonders ausgezeichnet sei die Gefährdung, wenn sie erheblich sei. Erheblich sei sie, wenn entweder die Gefahr eine grosse sei wie bei der Dampfkraft, der Elektricität u. s. w., wenn ein gewisses Verhalten ungewöhnlich, anormal sei, wie bei dem Sport, und schliesslich, wenn auf Grund besonderer Verhältnisse Handlungen gewisse

1) Hoffmann a. a. O. S. 94 ff.

Personen der Wirksamkeit nach schwerer und der Wahrscheinlichkeit nach leichter zu schädigen geeignet seien, als sie die Allgemeinheit treffen können, und die daher diesen gefährdeten Personen gegenüber eine Ersatzpflicht mit Recht zur Folge hätten. Unter diese letztere Kategorie falle nun die Gehülfenhaftung.

Jeder vernünftige Mensch weiss, dass jede Handlung infolge eines unglücklichen Zufalls dazu führen kann, dass ein Schaden entsteht. Niemandem wird es deshalb einfallen, wenigstens dem Laien nicht, unter diesen Voraussetzungen von einer Gefährdung zu sprechen und den Handelnden für den entstandenen Schaden haftbar zu machen. Ganz anders liegt der Fall aber, wenn nach der allgemeinen Erfahrung gewisse Handlungen geeignet sind, sehr leicht Schaden zu stiften wie z. B. der Betrieb mit Dampf, Elektrizität, Sprengstoffen u. s. w. Hier sind die schadenstiftenden Momente mit der Handlung an und für sich schon gegeben, nur der Eintritt der Wirksamkeit dieser Momente ist durch Gegenmassregeln gehemmt. Da hier aber die Gefahr einer Schädigung in jedem Augenblick vorhanden ist, nur unterdrückt durch Vorsichtsmassregeln, so liegt hier die Möglichkeit einer Schädigung sehr nahe. Wer nun mit derartigen Stoffen seinen Betrieb fortführt, der gefährdet, wie auch der Laie sagen würde, seine Mitmenschen. Wenn man nun auch nicht bei einem derartigen Betrieb von einem Verschulden auf Seiten des Handelnden sprechen kann, wie es zwei Urteile des Oberappellationsgerichtes zu München aus den

Jahren 1861 und 1881 gethan haben,[1] dazu fehlt es an dem Moment der Pflichtwidrigkeit und des Unerlaubtseins, so wird man sich doch nicht verhehlen können, dass ein richtiger Kern in den Ausführungen der beiden angezogenen Urteile steckt, nämlich das Hervorheben des subjektiven Moments. Wie schon hervorgehoben, um von einem Verschulden zu sprechen, müsste die Handlungsweise pflichtwidrig sein. Die Haftpflicht nach dem Gesetze vom 7. Juni beruht aber nicht lediglich auf objektiver Basis. Denn nur der grosse Nutzen, den die Allgemeinheit aus der Benutzung dieser gefährlichen Stoffe zu Verkehrszwecken zieht, hat den Staat veranlasst, die mit der Benutzung dieser Stoffe verbundene Gefahr ausser Acht zu lassen und diese Betriebe zu dulden. Nehmen wir aber einmal den Fall an, dass das Haftpflichtgesetz nicht erlassen wäre, und eine

---

1) Seuffert Bd. 14 No. 208 und Bd. 30 No. 144. In dem ersten Urteil heisst es: „Eine Handlung trage diesen Charakter schon dann an sich, wenn der Handelnde wissen musste, dass sein Thun einen Schaden verursachen könne, und wenn er dessen ungeachtet die Handlung vornehme. Es sei nämlich augenscheinlich, dass der Erguss von Feuerfunken auf fremdes Eigentum, wo brennbare Stoffe vorhanden sind, einen Brand zur Folge haben könne. Demnach sei mit dem Betriebe von Eisenbahnen notwendig und unzertrennlich eine Gefahr verbunden und somit sei der dadurch gestiftete Schaden durch eine schuldhafte Handlungsweise angerichtet." In demselben Sinne spricht sich die zweite Entscheidung aus: „Jeder ist verpflichtet, seine Handlungsweise, soweit sie in ein Vermögensrecht eingreifen kann, so zu regeln, dass dadurch kein Schaden entstehe, und es handelt daher schon derjenige fahrlässig, welchem das Bewusstsein sich aufdringen musste, dass seine, an die Grenzen fremden Eigentums oder fremder Rechte überhaupt streifende Thätigkeit Schaden herbeiführen könne."

Konzessionierung dieser Betriebe nicht stattgefunden hätte, so würde der Richter wohl zu einer ähnlichen Entscheidung gelangen, wie sie in den beiden angezogenen Urteilen des Oberappellationsgerichts zu München gefällt worden ist.

Zu einem ähnlichen wenn auch viel schärfer zu Ungunsten der Gefährdungstheorie ausgeprägtem Resultat gelangen wir bei den von Hoffmann als zweite Gruppe aufgessellten Handlungen, wo die Gefährdung deshalb eine erhebliche und somit haftbar machende sei, weil ein gewisses Verhalten anormal oder ungewöhnlich sei wie bei dem Sport. Wenn man einen Sportsmann für einen von ihm bei Ausübung des Sports angerichteten Schaden verantwortlich machen will, so kann man seine Haftpflicht damit allein nicht begründen, dass die Ausübung eines Sportes ein anormales Verhalten darstelle. Die Anormalität eines Verhaltens ist dem Rechte so lange gleichgültig, als sich mit ihm nicht das Moment des Verschuldens verknüpft. Wenn jemand auf der Strasse geht und sich in jeder Minute mit dem Zeigefinger der rechten Hand auf den linken Nasenflügel klopft, so ist sein Verhalten anormal. Kein Richter würde aber den Mann zum Schadensersatz verurteilen, wenn ein unglücklicher Zufall es wollte, dass er bei diesem Beklopfen des Nasenflügels einen Schaden anrichtet. Wenn aber ein Automobilfahrer oder ein Radfahrer, deren Verhalten an und für sich nicht mehr als anormal angesprochen werden kann, da heutzutage fast jeder mindestens Rad fährt, durch verkehrsreiche

Strassen mit Eisenbahngeschwindigkeit dahinrast, so handelt er fahrlässig, weil er die im Verkehre erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt. Ein sorgfältiger Mensch rast nicht mit seinem Fahrzeuge durch verkehrsreiche Strassen, wenn er auch Sportsmann ist, weil er sich sagen muss, dass er seine Mitmenschen in erheblicher Weise gefährdet. Die Haftbarmachung für einen durch einem Radfahrer u. s. w. angerichteten Schaden erfolgt nicht aus dem allgemeinen Grunde, dass das Verhalten des Betreffenden sportsmässig und deshalb anormal ist, sondern einzig und allein deshalb, weil das Verhalten des Schädigers sich als fahrlässig darstellt.

Demnach beruhen die beiden von Hoffmann zum Belege für seine Theorie aufgeführten Fälle nicht auf rein objektiver Grundlage und sind infolgedessen für seine Theorie nicht beweiskräftig.

Gehen wir nun auf den uns speziell interessierenden Fall der Gehülfenhaftung etwas näher ein. Nach Hoffmann liegt in der Gehülfenzuziehung eine die Interessen des Gläubigers erheblich gefährdende Handlung des Schuldners vor, und diese erhebliche Gefährdung erkläre in vollkommen zufriedenstellender Weise die in dem § 278 statuierte Haftung des Schuldners für das Verschulden seiner Gehülfen. Zuerst wollen wir nachzuweisen versuchen, dass in der Gehülfenzuziehung ein den Gläubiger in erheblicher Weise gefährdender Vorgang nicht erblickt werden kann. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Gläubiger erheblich mehr gefährdet sein soll, wenn der Schuldner zur Er-

füllung seiner Verbindlichkeit Gehülfen hinzuzieht, als wenn der Schuldner selbst erfüllen würde. Von einer erheblichen Gefährdung des Gläubigers kann man doch nur dann sprechen, wenn die Gehülfen mangelhaft ausgewählt und beaufsichtigt sind, also beim Vorliegen eines Verschuldens auf Seiten des Schuldners. Hat dagegen der Schuldner tüchtige Gehülfen angestellt, dieselben sachgemäss unterwiesen und sie in ordnungsmässiger Weise beaufsichtigt, so ist die Stellung des Gläubigers in nichts mehr gefährdet, als wenn der Schuldner selbst leisten würde. Denn der Schuldner muss zu der Annahme berechtigt sein, dass die Gehülfen in ebenso tadelloser Weise wie er selbst die Obligation erfüllen werden. Hat er diese Überzeugung aus irgend einem Grunde nicht, so hat er eben nicht tüchtige Gehülfen ausgewählt und hat sich somit einer Fahrlässigkeit schuldig gemacht. Wenn aber der Gläubiger annehmen darf, dass seine Interessen in derselben Weise gewahrt werden, wenn die Gehülfen erfüllen, als wenn der Schuldner in Person leistet, wie kann dann unter diesen Umständen in der Gehülfenzuziehung eine den Gläubiger erhebliche Gefährdung erblickt werden? Das Risiko, sich in der Zuverlässigkeit eines Menschen zu irren, hat der Gläubiger gerade so gut dem Schuldner gegenüber, wie dieser seinen Gehülfen gegenüber.

Liegt also somit in der Gehülfenzuziehung eine erhebliche Gefährdung für den Gläubiger nicht, so kann auch das Gefährdungsmoment nicht der Grundgedanke für die Gehülfenhaftung sein. Ausserdem

ist aber die Gefährdungstheorie, abgesehen von ihrer Unbrauchbarkeit an sich, nicht im Stande, die Gehülfenhaftung in vollkommener Weise zu begründen.

Wenn der Schuldner deshalb für seine Gehülfen haftet, weil die Zuziehung derselben eine erhebliche Gefährdung für den Gläubiger bedeutet, weshalb haftet der Schulner nicht für den Schaden, den die Gehülfen ohne Verschulden verursacht haben? Hoffmann[1] glaubt diesem Einwand mit folgender Ausführung begegnen zu können.

„Dass bei der Erfüllung einer Obligation sich ein zufälliger damit in ursächlichem Zusammenhang stehender Schaden ereignen kann, diese Gefahr ist mit dem Bestehen des Schuldverhältnisses von selbst gegeben. Solche Schäden muss zunächst der Teil tragen, welchen sie treffen. Der Schuldner würde ja auch nicht haften, wenn er persönlich die Obligation erfüllte und dabei einen Schaden des Gläubigers herbeiführte, der als zufälliger anzusehen wäre. Die Gefahr, dass ein derartiger Schaden sich ereignet, wird aber durch die Anstellung eines Gehülfen, wenn dabei nicht fahrlässig in der Auswahl oder Beaufsichtigung verfahren wird, nicht erhöht. Alle Momente, welche diese Gefahr erhöhen würden, müssten als schuldhafte Handlungen des Schuldners angesehen werden. Es besteht deshalb kein Grund, den Schuldner für die zufälligen Schäden, die gerade durch seine Gehülfen verursacht sind, einstehen zu lassen, während er sonst von beson-

1) Hoffmann a. a. O. S. 98, 99.

deren Verhältnissen abgesehen für die zufällige Schädigung des Gläubigers nicht aufzukommen hätte."

In dieser Erörterung giebt Hoffmann selbst zu, dass durch die Anstellung eines Gehülfen, der später schuldlos einen Schaden verursacht, die Stellung des Gläublgers in nichts verschlechtert wird, als wenn der Schuldner selbst leisten würde. Ob in der Gehülfenzuziehung für den Glänbiger eine erhebliche Gefährdung erblickt werden kann, hängt also nach Hoffmann von dem Umstand ab, ob der von den Gehülfen später in Erfüllung der Obligation angerichtete Schaden auf einem Verschulden der Gehülfen beruht oder nicht. Diese von Hoffmann aufgestellte Unterscheidung zur Rettung seiner Theorie erscheint uns doch sehr gezwungen und ad hoc gemacht.

Wenn man, wie Hoffmann behauptet, die Gehülfenzuziehung als eine den Gläubiger erhebliche gefährdende Handlung auffassen soll, so kann doch dann an dieser Thatsache ein späterer Vorgang, der mit der Gehülfenzuziehung nichts zu thun hat, nichts mehr ändern. Denn ob die Gehülfen sich später bei der Erfüllung der Verbindlichkeit eines kulposen Verhaltens schuldig machen werden, kann weder der Schuldner noch der Gläubiger wissen. Dieser Umstand kann demnach bei der Beurteilung der Frage, ob die Gehülfenzuziehung eine erhebliche Gefährdung für den Gläubiger bedeutet, nicht in Betracht kommen.

Wenn man also die Gefährdungstheorie konsequent anwenden will, so müsste der Schuldner auch für einen schuldlos angerichteten Schaden seiner Gehülfen haften. Damit verstösst aber die Gefährdungstheorie gegen den Inhalt des § 278, wonach der Schuldner nur für Verschulden seiner Gehülfen zu haften hat.

Ziehen wir nun das Facit aus unserer Betrachtung; alle bisher gemachten Begründungsversuche sind, wenn sie nicht an sich schon an einer fehlerhaften juristischen Auffassung leiden, schliesslich an den Bestimmungen der §§ 276, 831 BGB. gescheitert. Wir halten es überhaupt für ausgeschlossen, die Divergens, welche zwischen den §§ 276, 831 einerseits und dem § 278 andererseits besteht, jemals auszugleichen. An dieser Klippe werden alle Versuche, den § 278 auf einen allgemeinen Rechtsgedanken zurükzuführen, scheitern. Der § 278 ist weiter nichts, wie Eck in seiner Vorlesung über das Recht der Schuldverhältnisse hervorhob, als eine positive Erweiterung eines bestehenden Schuldverhältnisses. Er ist eine Aushilfsbestimmung, die eigentlich in das Rechtssystem nicht hineinpasst. Der § 278 ist hervorgegangen aus dem Bestreben, sowohl den in letzter Zeit sich mächtig regenden nationalökonomischen Forderungen, als auch dem Verlangen der Juristen nach einem harmonischen Ausbau des Rechtssystems möglichst gerecht zu werden. Er kennzeichnet sich, als ein Kompromiss zwischen den eben genannten berechtigten Bestrebungen.

Man scheute sich, das Verschuldensprinzip gänzlich aufzugeben und dem Schuldner die unbeschränkte Haftpflicht für seine Gehülfen aufzuerlegen, wie es im „code civile“[1] der Fall ist, wo zwischen kontraktlichem und ausserkontraktlichem Verschulden kein Unterschied gemacht wird. Man fürchtete damit einen Sprung in's Dunkele zu thun. Andererseits glaubte man die wirtschaftlichen Forderungen nicht als eine quantité négligeable behandeln und es bei der alten Regelung der Haftpflicht belassen zu dürfen.

Interpretation des § 278 BGB:

2. Die Voraussetzungen der Haftung.

a. Auf Seiten des Schuldners.

1. Der § 278 verlangt das Vorliegen eines Schuldverhältnisses.[2] Denn das BGB. spricht ausdrücklich vom „Schuldner“ d. h. von einer Person, die bereits durch ein Schuldverhältnis gebunden ist. Damit scheidet also der Fall aus, wo erst durch das Verschulden eine Obligation zwischen dem Verletzten und dem Haftenden begründet wird. Hierfür spricht auch, dass nach den Motiven[3] der § 278 nur „in Ansehung eines bestehenden Schuldverhältnisses“ in Betracht kommt. Wo also, wie Crome sich

1) Code civile Art. 1384, 1797, 1994, 1735.

2) Siehe Dernburg, Das bürgerl. Recht. (Teil der Schuldverhältnisse.) S. 145 II b; Wüstendörfer a. a. O. S. 3 ff; Crome a. a. O. S. 117 II 1; Hoffmann, S. 106 ff.

3) Motive II S. 29.

ausdrückt, das Verschulden Grund des Anspruchs st, kann von einer Haftung des Schuldners für seine Gehülfen keine Rede sein. Die Fälle der culpa in contrahendo fallen demnach nicht unter die Anwendbarkeit des § 278, da hier erst ein Schuldverhältnis zur Entstehung gebracht werden soll, ebenso die Fälle beim Vorliegen eines Delikts. Anderer Ansicht ist Schütz.[1] Er stellt den Satz auf, dass derjenige, der sich infolge seines Geschäftsbetriebes in einer den Regeln des Verkehrs entsprechenden Kontrahierungsbereitschaft befindet, als Schuldner zu betrachten ist, sobald seitens eines Dritten die Bereitschaft in Anspruch genommen wird, und dass er auch demnach das Verschulden seiner Gehülfen wie eigenes zu vertreten habe. Nach Schütz soll z. B. der Wirt den Schaden zu ersetzen haben, der dadurch entstanden ist, dass ein Kellner einem Herrn, der bei Bekannten am Tische Platz genommen, aber noch keine Bestellung erteilt hat, aus Bosheit einen zerbrechlichen Stuhl hingestellt hat, bei dessen Benutzung der Herr mit demselben zusammenbricht und dabei den Tisch mit Speisen und Getränken umstossend sich den Rock beschmutzt. Schütz giebt selbst zu, dass die Rechtslage dieses Herrn kritisch ist. Er glaubt aber, den Begriff der Verbindlichkeit so weit ausdehnen zu dürfen, dass dann unser Fall unter den § 278 fällt. Man kann sich doch aber aus lauter Mitgefühl mit dem bedauernswerten Herrn nicht über den

1) Schütz a. a. O. S. 73 ff. Siehe auch Schütz: Die Haftung für das Verschulden von Gehülfen. Diss. Jena 1901 S. 22.

klaren Wortlaut des § 278 hinwegsetzen. Der betreffende Herr war unzweifelhaft noch nicht in ein Gläubigerverhältnis zu dem Wirt getreten, stand diesem also als gänzlich unbeteiligter Dritter gegenüber. Demnach kann der Wirt nur ev. aus § 831 BGB. haftbar gemacht werden. Wir müssen, wie schon hervorgehoben, unbedingt an der Auffassung festhalten, dass, um eine Haftbarkeit nach § 278 herbeizuführen, ein Schuldverhältnis vorgelegen hat. Wir haben es also hier nur mit den Erscheinungen zu thun, wo das Verschulden der Gehülfen eine zweite Verbindlichkeit hervorruft, die neben der ersten, dem eigentlichen Schuldverhältnis, herläuft. Diese sekundäre Verbindlichheit kann entweder an die Stelle der primären treten, so dass die primäre vollkommen in der sekundären aufgeht. Das ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger auf die Erfüllung der Hauptverbindlichheit verzichtet und statt ihrer Schadensersatz begehrt (§ 326 BGB.). Oder aber es tritt neben die Hauptverbindlichkeit eine zweite Obligation hervorgerufen durch das Verschulden der Gehülfen, die selbständig zu erfüllen ist. Sofern aber ein rechtwirksames Schuldverhältnis vorliegt, tritt die Haftung nach § 278 stets ein, ganz gleich, ob wir es mit eigentlichen Schuldverhältnissen des Obligationenrechtes oder mit Schuldverhältnissen zu thun haben, die aus sachen-, familien- oder erbrechtlichen Rechtsverhältnissen entspringen. Nur muss ein privatrechtliches Schuldverhältnis in Frage stehen. Damit scheiden die Verbindlichkeiten, welche

aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen entstehen, und die sogenannten Anstandsverpflichtungen aus.[1]

Die Bestimmungen des § 278 kommen ferner nur in Anwendung, wenn der Schuldner die Gehülfen zuziehen durfte. Man könnte ja nun einwenden, dass es überflüssig sei, darauf ein entscheidendes Gewicht zu legen. Denn der Schuldner habe ja doch stets den Schaden zu tragen, ganz gleich ob ihm die Gehülfenzuziehung freistand oder nicht. Durfte der Schuldner Gehülfen nicht zuziehen und that er es doch, so haftet er wegen Vertragsverletzung und bei erlaubter Gehülfenzuziehung haftet er auf Grund des § 278. Dieser Einwurf ist aber nur teilweise berechtigt. Denn in einem Falle ist es für den Schuldner durchaus nicht gleichgültig, ob er zur Gehülfenzuziehung befugt war oder nicht, nämlich dann, wenn die Gehülfen aus irgend einem Grunde nicht verschuldensfähig sind (z. B. Geisteskrankheit). Denn hier haftet der Schuldner für das Thun und Lassen seiner Gehülfen, wenn ihm die Zuziehung derselben verboten war, auf Grund eigenen Verschuldens. War er dagegen berechtigt dritte Personen für sich handeln zu lassen, so wird er durch deren Handeln nicht in Mitleidenschaft gezogen, da der § 278 ein Verschulden auf Seiten der Gehülfen erfordert und man bei geisteskranken u. s. w. Gehülfen nicht von einem Verschulden sprechen kann. Er könnte ev. nur auf

1) Siehe Hoffmann a. a. O. S. 107. 108; Matthiass a. a. O. S. 376 A, Anm. 2; Dernburg a. a. O. S. 146 Anm. 3; Schütz a. a. O. S. 24.

Grund des § 831 BGB. haftbar gemacht werden, dessen Stellung zu dem § 278 am Schluss der Arbeit erörtert werden wird.

Wann nun der Schuldner die Ausführung der Leistung dritten Personen überlassen darf, dafür ist in erster Linie der in dem Vertrage enthaltene Wille der Parteien massgebend.

Hat über die Gehülfenzuziehung der Vertrag keine Anordnung getroffen, so muss uns darüber die Natur der Obligation Aufschluss erteilen.

a) Es giebt Leistungen, die von Jedermann vorgenommen werden können, weil ihr Inhalt ein objektiver ist z. B. Verschaffung von Eigentum, Befreiung von einer Schuld. Dem Gläubiger ist es in diesem Falle ganz gleichgültig, wer ihm die Leistung verschafft. Mithin ist hier Gehülfenzuziehung stets zulässig und demgemäss der § 278 stets anwendbar.

b) Ist dagegen der Gegenstand der Leistung ein subjektiver, so haben wir hier wieder zwei Fälle zu unterscheiden.

Es giebt Leistungen, die eine gewisse technische Fertigkeit, gewisse Kenntnisse und Fähigkeit erheischen, die nur bestimmten Personenklassen eigen sind. Hier ist also der Kreis der Gehülfen ein beschränkter, aber immer noch innerhalb dieser Abgrenzung vertretbarer. Hierhin gehört z. B. die Thätigkeit eines Druckers, Heizers, Führers eines elektrischen Strassenbahnwagens u. s. w. Die Gehülfenzuziehung ist also erlaubt, wenn sie sich in

den durch das betr. Schuldverhältnis gezogenen Grenzen hält.

c) Dagegen ist die Inanspruchnahme der Hülfe Dritter stets unstatthaft, wo es sich um Leistungen höchstpersönlicher Natur handelt. Hierhin gehört z. B. die Thätigkeit eines berühmten Verteidigers, Malers überhaupt jedes Künstlers und auch die Fälle, die ein besonderes Vertrauen voraussetzen. (Societät.)

Demnach tritt der § 278 stets in den Fällen zu a, nie in denen zu c, dagegen beschränkt in denen zu b in Wirksamkeit.

3. Muss der Schuldner deliktsfähig sein? Nein Es ist nur erforderlich, dass der Schuldner im Stande ist eine Obligation rechtsgültig einzugehen[1] Dazu genügt es, wenn er beschränkt geschäftsfähig st. (Die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gemäss §§ 107, 108 BGB. vorausgesetzt), mag er auch selbst nicht die Fähigkeit besitzen, sich gemäss § 828 BGB. durch unerlaubte Handlungen verantwortlich zu machen. So kann es kommen, dass ein Minderjähriger, der Inhaber einer Fabrik ist, für Handlungen Dritter aufzukommen hat, die, wenn er sie selbst begangen hätte, ihn nicht verantwortlich machen würden. Man könnte aber gegen diese Ausführungen den Wortlaut des § 278 anziehen, dass der Schuldner für das Verschulden der Gehülfen nur wie für eigenes einzutreten habe, dass er also für ein Verschulden seiner Gehülfen nicht

1) Siehe Cosack a. a. O. S. 244,7a; Wertheimer a. a. O. S. 31; Endemann a. a. O. S. 498a, 5; Hoffmann a. a. O. S. 136.

einzustehen habe, dessen er selber im konkreten Fall nicht fähig wäre. Einen derartigen Schluss lassen aber m. E. die Worte „wie eigenes Verschulden" nicht zu. Es sollte mit diesen Schlussworten nur ausgedrückt werden, dass der Schuldner das Verschulden der Gehülfen so gegen sich gelten lassen müsste, als ob es in seiner Person (objektiv) ohne Rücksicht auf seine Deliktsfähigkeit oder -unfähigkeit entstanden wäre. Stellt sich doch auch der § 278 als eine Bestimmung dar, die vollkommen von dem Verschulden des Schuldners absieht. Mithin kann es auch auf die Deliktsfähigkeit oder -unfähigkeit des Schuldners gar nicht ankommen. Es läge auch gar kein rechtspolitischer Grund vor, die Schuldner, denen unerlaubte Handlungen nach § 828 BGB. nicht zugerechnet werden können, von der Haftung für Gehülfen zu befreien. Ein derartiges Privileg würde nur Anlass geben, die für den Schuldner höchst lästigen Bestimmungen des § 278 dadurch zu umgehen, dass man Minderjährige als die eigentlichen Schuldner vorschieben würde. Ob der Schuldner die Gehülfen aus freien Stücken oder durch die Umstände gezwungen zuzieht, ist für die Haftung des Schuldners gleichgültig.[1] Denn der Wille des Schuldners ist im letzteren Falle ebenfalls vorhanden. Nur thatsächliche Gründe zwingen ihn, sich bei der Erfüllung der Obligation der Hülfe Dritter zu bedienen. Das ist z. B. bei allen grossen Etablissements der Fall, wo der Geschäftsherr gar nicht in der Lage ist, persönlich zu erfüllen.

1) Ders. Ansicht Hoffmann a. a. O. S. 136.

Schwieriger liegt aber der Fall, wenn der Gläubiger bei Geschäftsabschluss dem Schuldner einen bestimmten Gehülfen bezeichnet, der erfüllen soll. Während bei dem vorerwähnten Fall dem Schuldner nur die Wahl genommen war, ob er oder seine Gehülfen erfüllen sollen, so ist er hier sogar durch die Bestimmung des Gläubigers auf einen ganz bestimmten Gehülfen beschränkt. Aber auch hier wird man wohl den Schuldner für seinen Gehülfen haften lassen müssen. Denn dadurch, dass der Schuldner zusagt, den Gehülfen A zur Erfüllung zu schicken, hat er nur ein Plus zu seiner Verpflichtung zu leisten übernommen. Seine Verbindlichkeit erledigt sich nicht mit dem Hinschicken des Gehülfen A, sondern er haftet auch weiter für die Erfüllung gerade so, als wenn die betreffende Nebenabrede nicht getroffen wäre. Dem Gläubiger ist durch die Auswahl des Gehülfen A nur eine besondere Sicherheit gewährt worden.[1]

Der Schuldner muss sich der Gehülfen gerade zur Erfüllung der in Rede stehenden Verbindlichkeit bedienen, sei es, dass er ihnen eine generelle Ermächtigung zu einer bestimmten Kategorie von Erfüllungshandlungen gegeben hat, sei es, dass er ihnen einen speziellen Auftrag erteilt hat. Die Thatsache, dass jemand in einem Geschäft als Gehülfe angestellt ist, macht den Geschäftsherrn allein noch nicht für das Thun und Lassen der Gehülfen nach § 278 verantwortlich. Wenn eine Frau in einem Kolonialwaarenladen ein Pfund Honig verlangt

1) Ders. Ansicht Hoffmann S. 138, 139.

und dem Kommis einen wertvollen alten Porzellantopf zum Einfüllen des Honigs giebt, dieser ihn aber fallen lässt, so hat der Prinzipal denselben nach § 278 zu ersetzen, da der Kommis zu Verkäufen generell angestellt ist, die in einem derartigen Geschäft gewöhnlich vorkommen (§§ 54—56 HGB.).

Wenn aber ein Bureauschreiber, der zwar als Angestellter Gehülfe ist, dem aber weder der Auftrag erteilt ist, noch dessen Amt es ist, die im Geschäft zu versendenden Kisten zu vernageln, plötzlich auf den Gedanken kommt, einige auf dem Hof herumstehende zum Versand bestimmte Kisten mit Porzellan zu vernageln, und er hierbei, da es ihm an der nötigen Übung fehlt, wertvolle Porzellanstücke zertrümmert, so hat der Geschäftsherr für den Schaden nicht nach § 278, wohl aber vielleicht nach § 831 Ersatz zu leisten.

5. Dass natürlich den Schuldner das Eingreifen Dritter gänzlich Unberufener in seine Angelegenheiten nicht berührt,[1] bedarf wohl nach dem eben Gesagten keiner besonderen Begründung.[2] Genehmigt aber der Geschäftsherr die Handlungen dieser Personen, so haftet er ebenso, als wenn er sie von vornherein mit der Erfüllung beauftragt hätte,[3] da mit der Genehmigung alle Rechte und Verpflichtungen unmittelbar auf ihn übergehen und zwar mit rückwirkender Kraft.[4]

1) Hoffmann a. a. O. S. 134.

2) Matthiass, Lehrbuch des bürg. Rechts Bd. II S. 377.

3) Ebenso Wertheimer a. a. O. S. 32. Hoffmann a. a. O. S. 135. Anderer Ansicht: Dernburg a. a. O. S. 146 III a.

4) Endemann a. a. O. S. 807 c.

6. Der Schuldner muss der Erfüllungshandlung seiner Gehülfen stets so gegenüberstehen, dass er als der Erfüllende erscheint. Der Schuldner darf niemals sich so weit von der Verbindlichkeit durch Übertragung der Erfüllung auf dritte Personen frei machen, dass er aus dem Obligationsnexus ausscheidet und somit aufhört Schuldner zu sein. Hieraus folgt, dass man den Schuldner nur dann nach § 278 haften lassen darf, wenn sich der Schuldner der Hülfe Dritter zur Erfüllung der Verbindlichkeit bedient, wenn die Gehülfen auch in Wirklichkeit noch Gehülfen und nicht selbst an Stelle des Schuldners Schuldner geworden sind. Zuvor sei es gestattet, ein paar kurze Worte zur näheren Charakterisierung des Begriffs „Gehülfen" zu geben.

Der Begriff „Gehülfen" ist eigentlich für den § 278 BGB. zu eng, da auch unter den § 278 die Substituten fallen, die das bürgerliche Gesetzbuch z. B in den §§ 664, 691 von den Gehülfen scharf sondert. Da sich aber ein Wort, das den gesamten Inhalt, der in den Worten liegt, „deren sich der Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nicht gut finden lässt, so möge es gestattet sein, diesen etwas ungenauen Ausdruck auch fernerhin beizubehalten. Um eine Person als Gehülfen in unserem Sinne ansprechen zu können, muss unbedingt zwischen dem Schuldner und der betreffenden Person ein Rechtsverhältnis bestehen, kraft dessen diese Person im Interesse des Schuldners thätig wird. Denn, wie wir schon hervor-

gehoben haben, das Eingreifen Dritter gänzlich unberufener Personen berührt die Rechtsstellung des Schuldners und damit seine Haftbarkeit als Schuldner nicht im Geringsten. Ob nun dieses Rechtsverhältnis auf obligationenrechtlicher oder familien- oder erbrechtlicher Grundlage beruht, macht für die Haftpflicht des Schuldners keinen Unterschied. Ja es sind sogar Fälle denkbar, wo Gehilfen auf Grund eines öffentlichrechtlichen Verhältnisses thätig werden. Z. B. die Quittungsverteilung für Schulgeld seitens der Lehrer in öffentlichen Anstalten. Bei den Rechtsverhältnissen, die auf obligationenrechtlicher Basis beruhen, kann es ferner nicht ins Gewicht fallen, ob die Gehülfen in einem dauernden Abhängigkeitsverhältnisse zum Schuldner stehen, wie der Fabrikarbeiter, der Buchhalter, oder ob der Gehülfe selbständiger Gewerbetreibender ist, der nur vorübergehend für die Interessen des Schuldners thätig wird.[1]

Des Ferneren ergiebt sich aus den Worten, „deren sich der Schuldner bedient", dass es auf das Wissen des Gehülfen, zu welcher Verbindlichkeitserfüllung er herangezogen wird, gar nicht ankommen kann.[2] Es genügt, wenn der Gehülfe sich bewusst ist, die Interessen des Schuldners zu fördern. Für wen aber die betreffende Arbeit bestimmt ist, ein dahingehendes Wissen des Gehülfen zu erfordern, wäre auch eine Unmöglichkeit. Man

1) Derselben Ansicht Schütz a. a. O. S. 27.
2) Derselben Ansicht Hoffmann a. a. O. S. 140 ff.

denke nur an die grossen Fabriken und Waarenhäuser u. s. w. Hier hat jeder Arbeiter und Angestellte einen ganz bestimmt beschränkten Kreis von Funktionen zu erfüllen, die für sich betrachtet, Stückwerk sind und nur zusammen mit dem Arbeitserfolge der übrigen Arbeiter und Angestellten das Resultat ergeben, das von dem Geschäftsherrn erstrebt wird. Der Arbeiter einer Gewehrfabrik, dem die Anbringung der Visierung an den Gewehren obliegt, wird in der Regel nicht wissen und wissen können, für wen die einzelnen Gewehre, die er gerade in Bearbeitung hat, geliefert werden sollen Und umgekehrt. Man wird von dem Schuldner nicht verlangen können, dass er ganz genau weiss, welchen Teil der Erfüllung dem einzelnen Gehülfen übertragen ist. Es genügt, wenn er weiss, dass sie überhaupt seinem Erfüllungszwecke förderlich und dienstlich sind. Ja, man wird sogar noch weiter gehen können und behaupten dürfen, dass der Schuldner nicht einmal zu wissen brauche, wie viele Gehülfen ihn in der Erfüllung seiner Verbindlichkeit unterstützen.

Es genügt, wenn der Schuldner überhaupt in der Lage ist, festzustellen, welche Arbeitermassen für ihn thätig werden. Denn wollte man an der entgegengesetzen Meinung festhalten, dann würde man ja die Anwendbarkeit des § 278 gerade auf die Betriebe illusorisch machen, die vermöge ihrer grossen Ausdehnung eine ganz besonders wichtige Rolle in unserem heutigen Wirtschaftsleben spielen.

Von hier ist es nur ein Schritt zu der weiteren Folgerung, dass der Schuldner auch für die von seinen Gehülfen angestellten Gehülfen haftet,[1] denn auch ihrer bedient sich der Schuldner, wenn auch nur mittelbar, zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit. Diese Untergehülfen stehen dem Schuldner nicht als gänzlich fremde Dritte gegenüber, die mit der Obligationserfüllung eigentlich nichts zu thun haben, sondern sie sind durch die Gehülfen in Ausübung der Erfüllungsabsicht zu dem Schuldner in Beziehung gesetzt.

Folgendes von Schütz S. 28 gebildetes Beispiel möge das eben Gesagte erläutern. Bei einem Diner giesst mir ein ungeschickter Kellner die Sauce über den neuen Frack. An wen habe ich mich zu halten. An den Oberkellner, der meistens die Kellner anstellt und bezahlt oder an den Hotelier, der die Kellner gar nicht kennt? Nach unserer Ansicht an den Hotelier. Ein anderer sehr häufig vorkommender Fall wird der sein, wo der Schuldner einer anderen Person eine in sich abgeschlossene Leistung überträgt, wie z. B. der Baumeister in Betreff der technischen Arbeiten (Maler-, Schlosser- u. s. w. arbeiten.)

Damit erledigt sich eine Streitfrage bezüglich der Haftung des Schuldners für Substituten, deren Beantwortung allerdings von der juristischen Auffassung des Rechtsverhältnisses der Substituten abhängt. Viele neigen der Ansicht zu, dass auch dann

1) Derselben Ansicht Hoffmann a. a. O. S. 133; Schütz a. a. O. S. 28.

Substitution vorliegt, wenn der Dritte dergestalt an die Stelle des Schuldners tritt, dass dieser vollkommen aus dem Obligationsnexus ausscheidet, namentlich im Falle eines Schuldübernahmevertrages seitens des Dritten und lassen den Schuldner für den Substituten überhaupt nicht haften.[1]

Nussbaum[2] bezeichnet diesen Fall wegen seiner äusseren Ähnlichkeit mit der eigentlichen Substitution als Quasisubstitution und verneint für diesen Fall die Haftpflicht des Schuldners. Dieser von Nussbaum als Quasisubstitution bezeichnete Fall hat mit der eigentlichen Substitution nichts zu thun. Die juristischen Voraussetzungen und Folgen dieser beiden Rechtsverhältnisse sind wesentlich verschieden, Substitution liegt, wie schon hervorgehoben, dann vor, wenn der Schuldner einen in sich abgeschlossenen Teil der Erfüllungshandlung einem Dritten überträgt.[3] Wollen wir kurz und knapp den Unterschied zwischen Gehülfen, Substituten und Quasisubstituten skizzieren, so müssen wir sagen. Der Gehülfe leistet neben dem Schuldner. Der Substitut leistet an Stelle des Schuldners, aber der Schuldner ist Schuldner geblieben.

---

1) Wertheimer a. a. O. S. 32. Burchardi: Über die Verantwortlichkeit des Schuldners u. s. w. Diss. Kiel 1861 S. 29; Redlich: Die Haftung des Schuldners für die Personen, deren u. s. w. Diss. Greifswald 1901 S. 48. Meinheider in Becker und Fischer, Beiträge 3. Heft 1889 S. 51. Conradi a. a. O. S. 4. Asmis a. a. O. S. 4. Abicht a. a. O. S. 7.

2) Nussbaum a. a. O. S. 68.

3) Ders. Ansicht Schütz: Die Haftung für das Verschulden der Gehülfen. Diss. Jena 1901 S. 14.

Der Quasisubstitut leistet an Stelle des Schuldners, ist aber selbst Schuldner geworden.

Demnach hat, wie auch Nussbaum richtig ausführt, der Schuldner für den Quasisubstituten nur zu haften, wenn ihn eigenes Verschulden trifft, z. B. culpa in eligendo. Dagegen hat der Schuldner für die Substituten im Rahmen des § 278 stets aufzukommen.[1] Denn der Schuldner ist in diesem Falle Schuldner geblieben, er steht der Erfüllungshandlung so gegenüber, dass er als der Erfüllende erscheint.

Die in den §§ 664, 691 BGB. statuierte abweiweichende Regelung betreffs der Substituten kennzeichnet sich als eine Ausnahmebestimmung, deren Begründung wohl in dem besonderen Charakter des Auftrages und des Verwahrungsvertrages als eines unentgeltlichen, besonderes Vertrauen erheischenden Rechtsverhältnisses liegt.

2b. Begriff der Verbindlichkeit.

Nach § 278 ist es erforderlich, dass der Schuldner seinen Gehülfen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit verwende. Wir haben also den Begriff der Verbindlichkeit festzustellen.

Die Verbindlichkeit setzt immer das Vorliegen eines Schuldverhältnisses voraus. Schon der Wortlaut „Verbindlichkeit" deutet das an. In ihm ist das rechtliche Gebundensein zum Ausdruck gebracht, wie in der römisch-rechtlichen Bezeichnung obligatio. Das Wort Verbindlichkeit vereinigt in

1) Planck, Kommentar zum BGB. S. 413,2a.

sich die aktive Seite des Wortes „Forderungsrecht“ und die passive Seite des Wortes „Schuldverhältnis“

Auch die Stellung des § 278 im BGB. deutet auf das Vorhandenseinmüssen eines Schuldverhältnisses hin. Denn § 278 findet sich eingereiht in eine Anzahl von Bestimmungen, die sämtlich von der in obligatione befindlichen Leistung handeln.

Wie definiert nun das BCB. das Schuldenverhältnis? Darüber giebt uns § 241 Aufschluss.

„Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.“[1]

Der Schuldner ist also gemäss § 241 zur Leistung verpflichtet. Demnach stellt sich seine Verhindlichkeit als Verpflichtung zur Leistung dar. In dieser Definition sind zweierlei Momente enthalten. Einmal muss eine rechtliche Bindung ersichtlich sein, d. h. der Schuldner muss im Wege des Zivilprozesses zur Erfüllung seiner Verbindlich-

1) Es müsste wohl besser heissen: „Der Gläubiger ist beberechtigt die Leistung zu fordern, und nicht eine Leistung zu fordern. Denn der Ausdruck „eine Leistung“ ist geeignet unwillkürlich die Vorstellung zu erwecken, als wenn der Schuldner durch das Erfüllen der Hauptverbindlichkeit z. B. beim Kauf durch das Übergeben der Sache und der Verschaffung des Eigentums an derselben seinen Verpflichtungen ganz nachgekommen wäre. Während doch die Verbindlichkeit eine Reihe von Handlungen in sich schliesst, die alle darauf abzielen, die Gläubigerinteressen zu befriedigen. Diesen Inbegriff der Schuldnerhandlungen wiederzugeben, scheint uns der Ausdruck „die Leistung“ besser geeignet zu sein.

keit angehalfen werden können. Daher sind alle die Versprechungen, welche in das Gebiet der Freundschaft, Familie, Religion hineinfallen, nicht Verbindlichkeiten im Sinne dss § 278, weil sie nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingbar sind.

Zweitens ist der Schuldner verpflichtet zur Leistung. Während sich das erste Erfordernis als das rechtlich gesicherte Soll nach Hartmann[1] darstellt, so bedeutet die zweite Voraussetzung den Kern der Obligation. In der Leistung erhält erst die Obligation ihre Bestimmtheit und Deutlichkeit.

Die Leistung ist das Ziel, umderentwillen das Schuldverhältnis begründet worden ist. Durch ihre Erfüllung erhält erst der Gläubiger das, was er nach dem Vertrage zu beanspruchen hat. Massgebend für die Leistung ist also das Gläubigerinteresse Demnach sind solche Fälle, wie Nussbaum[2] richtig bemerkt, wo der Schuldner handelnd eingreifen muss, um sich selbst ein Recht zu sichern oder sich vor Schaden zu bewahren, nicht als Verbindlichkeiten aufzufassen, sofern natürlich der Gläubiger an ihnen kein Interesse hat.

Zur Erläuterung des eben Gesagten möge ein von Nussbaum gebildetes Beispiel dienen.

Ein Hauseigentümer hat sein Haus bei einer Gesellschaft gegen Unfall versichert. Er ist verpflichtet sein Haus in einem baulichen Zustande zu erhalten, falls ihn die Gesellschaft für ev. künftige Fälle schadlos halten soll. Diese Verpflichtung

1) Hartmann, Obligation S. 37 f.
2) Nussbaum a. a. O. 54, vgl. auch Hoffmann S. 112, 113.

besteht für den Schuldner nur in seinem Interesse. Denn kommt er derelben nicht nach, so trifft ihn allein der Schaden. Die Gesellschaft kann ihn auch nicht im Wege der Klage zur Erhaltung seines Hauses im baulichen Zustande anhalten, da ihr das rechtliche Interesse an der Vornahme dieser Handlung fehlt.

Wenn also der Schuldner zum Reparieren seines Hauses tüchtige Arbeiter anstellt und sie auch ordnungsgemäss beaufsichtigt, so kann ihm die Versicherungsgesellschaft, wenn die Arbeiten liederlich ausgeführt sind, und infolgedessen das Haus Schaden leidet, nicht die Versicherungssumme vorenthalten indem sie sich auf den § 278 beruft.

Dass diese unsere Auffassung von dem Begriffe der Verbindlickeit die richtige ist, dafür scheinen mir auch zwei Paragraphen im BGB. zu sprechen.

§ 351 bestimmt, dass der Rücktrittsberechtigte dann nicht von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch machen kann, wenn er eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet. Das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines Anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich.

Nach § 254, welcher die Kulpakompensation behandelt, hat der Schädiger, wenn der Schadensersatzberechtigte es unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen oder den Schaden zu

mindern, denselben nur verhältnismässig zu tragen d. h. das vorwiegende Verschulden auf der Seite des Schädigers oder des Beschädigten soll dafür ausschlaggebend sein, wer den grössten Teil des Schadens zu tragen habe. Die Vorschrift des § 378 findet entsprechende Anwendung.

In diesen beiden Paragraphen haben wir den eben besprochenen Fall. Der Berechtigte muss, um sein Rücktrittsrecht resp. sein Schadensersatzrecht ausüben zu können, dafür sorgen, dass der empfangene Gegenstand unversehrt bleibe resp. dass der Schädiger auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens vorher aufmerksam gemacht werde, oder wenn der Schaden schon eingetreten ist, dass er den Schaden soweit es in seiner Macht steht, mindere. Alles nur Massnahmen, die nur dem Interesse desjenigen dienen, der sie vorzunehmen hat.

Wäre nun das bürgerliche Gesetz der Ansicht, dass die eben geschilderten Handlungen echte Verbindlichkeiten wären, so hätte dasselbe einen Hinweis auf die Anwendbarkeit des § 278 nicht für erforderlich erachtet; § 278 enthält doch eine generelle Bestimmung, die auf alle Verbindlichkeiten Anwendung zu finden hat. Es wäre doch auffällig, wenn gerade in diesen beiden Fällen der Gesetzgeber, aus Furcht, der Charakter der darin behandelten Verpflichtungen als echte Verbindlichkeiten könnte verkannt werden, diesen Schlusszusatz gemacht hätte. Eine derartige übertriebene Ängst-

lichkeit ist wohl dem Gesetzgeber nicht gut zuzumuten.

Demnach bleibt nur noch die einzige Möglichkeit der Erklärung dieses Hinweises auf den § 278 in den beiden Paragraphen, dass man sagt: Hier hat der Gesetzgeber ausnahmsweise den Geltungsbereich des § 278 auf zwei Fälle ausgedehnt, die keine Verbindlichkeiten im Sinne des § 278 enthalten.[1]

Weshalb aber diese Abweichung? Eine befriedigende Antwort auf diese Frage lässt sich schwer geben.

Bei dem § 254 ist wohl ein rechtspolitischer Gesichtspunkt der Veranlasser gewesen. Man wollte der heutigen Strömung, die sich namentlich in national-ökonomischen Kreisen stark geltend macht, folgend (s. Mataja: „Das Recht des Schadensersatzes vom Standpunkte der National-ökonomie), die Schadensersatzlast möglichst auf viele Schultern verteilen. Und diesem Bestreben scheint die angezogene Bestimmung in den §§ 351, 254 zu verdanken zu sein, dass auch in Fällen, wo man nach unserer Auffassung nicht von einer Verbindlichkeit sprechen kann, wegen der Wichtigkeit des darin behandelten Gegenstandes die Haftung des Schuldners für seine Gehülfen eingreifen soll.

Leistung ist also diejenige Handlung, welche das Gläubigerinteresse befriedigt. Das BGB. erweitert nun noch die spezielle Verpflichtung des Schuldners zur Leistung durch die allgemeine Bestimmung, dass der Schuldner seinen Verbindlich-

1) Vgl. Hoffmann a. a. O. S. 112, 113, 114.

keiten so nachzukommen habe, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es verlangen (§ 242). Im § 276 betont noch das BGB., dass sich ein Schuldner, der die im Verkehre erforderliche Sorgfalt ausser Acht lässt, einer Fahrlässigkeit schuldig macht.

Diese beiden Paragraphen sind von der grössten Bedeutung für die Prüfung, wie gross der Umfang der einzelnen Verpflichtung ist, was der Schuldner bei den besonderen Verhältnissen unter Zugrundelegung aller mit dem Schuldverhältnisse verbundenen objektiven und subjektiven Umstände zu leisten hat. Es ist hiernach klar, dass der Schuldner nicht allein bei der Ausführung der Hauptverbindlichkeit sorgfältig zu Werke gehen muss, sondern dass er auch bestrebt sein muss, die Interessen des Gläubigers, soweit er nach Lage der Sache mit ihnen in Berührung kommen kann, nach jeder Richtung hin zu schonen. Wenn ich mir z. B. einen Ofen setzen lasse, so muss der Töpfer durch Anwendung von Schutzmassregeln (Belegen mit Tüchern und Decken u. s. w.) die in der Nähe des Ofens befindlichen Möbel vor Staub und Schmutz bewahren. Er wird mich auch darauf aufmerksam zu machen haben, welche Kohlenarten ich zum Feuern zu verwenden habe, damit ich nicht durch Heizen z. B. mit Antracit einen Ofen mir ruiniere, der nur zum Cokesbrennen eingerichtet ist.

Alle diese Handlungen, welche darauf gerichtet sind, dass allgemeine Interesse des Gläubigers zu fördern, sind wohl ebenfalls als Verbindlichkeiten

anzusprechen, gerade so gut wie die, welche zunächst das spezielle Interesse des Gläubigers befriedigen sollen.

Eine ganz besonders wichtige Rolle spielen diese Nebenverbindlichkeiten bei allen den Schuldverhältnissen, wo der Schuldner verpflichtet ist, eine Sache, welche dem Gläubiger zu Eigentum gehört oder gehören wird, nach einer gewissen Zeit des Gebrauchens oder Aufbewahrens dem Gläubiger wieder zurückzugeben. Dieses ist z. B. der Fall, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache nicht sofort übergiebt. Er hat die Pflicht die im Verkehre erforderliche Sorgfalt bei der Aufbewahrung der Sache zu praestieren. Bedient er sich zur Erfüllung dieser Aufbewahrungspflicht dritter Personen, so hat er, wenn infolge der Nachlässigkeit dieser Personen der Wert der Sache sich mindert oder die Sache selbst verloren geht, auch für diesen Schaden gemäss § 278 aufzukommen. Genau ebenso verhält es sich bei der Leihe, Miete, Pacht, Verwahrung, wo dem Schuldner ebenfalls die Erhaltungspflicht auferlegt ist.[1]

Nussbaum[2] leugnet nun den Charakter der Sorgfaltspflicht als einer Verbindlichkeit. Nach ihm ist Sorgfalt nur eine Qualität des Verhaltens, eine bestimmte Willensrichtung, in der man handelt, aber nicht selbst eine Handlung (bezw. eine Summe von Handlungen) und noch viel weniger eine

1) Derselben Ansicht Endemann S. 756, § 169 I. Planck a. a. O. S. 51, Wertheimer S. 34 ff.; Schollmeyer a. a. O.

2) Nussbaum a. a. O. 54 ff.

Leistung. Zuerst ist es unrichtig, dass die Qualität einer Leistung wie z. B. die Sorgfalt nicht selbst eine Handlung sein kann.[1] Dadurch, dass ich eine Thätigkeit nach irgend einer Seite hin nüanciere, greife ich doch handelnd ein. Mein Wille wird doch thätig, indem er mir einzelne Handlungen zu unterlassen vorschreibt, einzelne hingegen wieder vornehmen lässt, um den Gesamteffekt der ganzen Leistung herzustellen. Wenn nach dem BGB. die Pflicht zu einem Unterlassen schon eine Leistung darstellt, um wie viel mehr muss dann ein Verhalten als Handlung bezeichnet werden, dass neben Unterlassungshandlungen auch positives Thätigwerden erheischt.

Darin hat aber Nussbaum unzweifelhaft recht, dass eine Verpflichtung zur Sorgfalt an und für sich noch keine Verbindlichkeit darstellt. Um sie zu einer Verbindlichkeit zu stempeln, dazu bedarf es stets der Voraussetzung, dass sie der Ausfluss eines Schuldverhältnisses ist.[2] Wenn ich z. B., um ein von Nussbaum gebildetes Beispiel anzuführen, mich in dem Zimmer eines Freundes befinde, so habe ich die Pflicht, keines der im Zimmer befindlichen Gegenstände zu beschädigen. Diese Pflicht ist aber keine Verbindlichkeit, da sie mir nicht durch eine Obligation auferlegt ist. Sonst hätte ich ja unendlich viele Verbindlichkeiten. Überall, wo ich mich befinde, habe ich ja Rücksicht zu nehmen auf Anstand, Sitte u. s. w. Ich darf

1) Ders. Ansicht Hoffmann a. a. O. S. 117.
2) Ders. Ansicht Hoffmann S. 119, 120.

keine Fensterscheiben einschlagen, Niemanden verletzen, nicht unbekleidet umherlaufen. An diesen Pflichten hat nur die Öffentlichkeit ein Interesse. Sowie ich aber kraft eines Schuldverhältnisses zu einem bestimmten Verhalten gebunden bin, so wird aus der einfachen Bürgerpflicht eine Leistung, zu deren Erfüllung ich im Wege des Civilprozesses angehalten werden kann. Es macht nun meiner Einsicht nach keinen Unterschied, ob die Sorgfaltspflicht direkt stipuliert ist, oder ob sie stillschweigend sich als eine naturale aus dem Schuldverhältnis ergiebt. Es entspricht auch nicht der Bedeutung, die ein derartiges sich aus dem Schuldenverhältnis ergebendes Verhalten für den Gläubiger hat, dasselbe als minderwertig unter die eigentliche Hauptverbindlichkeit zu stellen. Wird doch durch ihre Ausserachtlassung häufig der wirtschaftliche Effekt, der durch das Eingehen des Schuldverhältnisses angestrebt wurde, vernichtet. Was nützt es dem Käufer, wenn der Verkäufer das Kaufobjekt, das er für den Käufer anfzubewahren hat, liederlichen Gehülfen anvertrauen dürfte, die es verbringen?

Ziehen wir das Facit aus unterer Betrachtung, so kommen wir zu dem Ergebnis, dass die Instandhaltungs-Sorgfalts-Aufbewahrungspflicht oder wie man sie auch immer nennen mag, eine Verbindlichkeit im Sinne des § 278 ist, sofern sie durch den Charakter des Schuldverhältnisses bedingt ist, mag sie nun in dem speciellen Falle sich als Haupt- oder Nebenverbindlichkeit darstellen.

Demgemäss habe ich für das Verschulden meiner Dienstboten, denen ich die Obhut meiner Wohnung anvertraut habe, aufzukommen. Schlägt mein Mädchen beim Fensterputzen die Scheiben ein, oder beschädigt sie beim Heizen durch Herunterfallenlassen von glühenden Kohlen den Parquettfussboden, so habe ich denSchaden zu ersetzen, da ich durch den Mietvertrag gehalten bin, die Wohnung in einem ordnungsmässigen Zustande zu erhalten und ich mich zur Erfüllung dieser Pflicht meiner Dienstboten bedient habe.[1] Zu weit geht aber die Ansicht von Hoffmann,[2] welcher den Mieter für den Schaden verantwortlich machen will, den seine Gäste in der Wohnung anrichten. Denn der Mieter bedient sich doch der Gäste nicht dazu, um seine Instandhaltungspflicht zu erfüllen. Hoffmann meint aber, dass der Mieter die Gäste in seine Rechte eintreten lasse und demgemäss auch wolle, dass die Gäste seine Pflichten für und neben ihn erfüllen. Unserer Ansicht nach kann aber von einem dahingehenden Willen des Mieters gar keine Rede sein. Das einfache Moment, dass der Mieter seine Gäste nur räumlich in Beziehung zur Mietsache setzt, kann doch nicht für seine Haftpflicht ausschlaggebend sein. Es genügt nicht, wie auch Matthiass[3] sehr richtig bemerkt, dass dem Dritten lediglich die Möglichkeit der Einwirkung gewährt wird. Der Schuldner muss sich der dritten Person zur Er-

1) Ders. Ansicht Hoffmann S. 122.
2) Hoffmann a. a. O. S. 143, 144, 145.
3) Matthiass a. a. O. S. 377 IV A.

füllung seiner Verbindlichkeit bedienen: es muss also, wie später nachgewiesen wird, ein Kausalzusammenhang zwischen der That des Dritten und der Erfüllung des Schuldverhältnisses bestehen.[1]

Wenn auch durch diese Auslegung dem § 278 ein ziemlich grosser Geltungsbereich eingeräumt wird, so wird man aber doch angesichts der eben angeführten Beispiele zugestehen müssen, dass die Resultate durchaus gesunde und das Rechtsgefühl befriedigende sind.

Zum Schluss möchten wir noch auf eine Bestimmung des BGB. hinweisen, die unserer Ansicht nach unsere Auffassung direkt bestätigt. § 549,2 bestimmt nämlich: „Überlässt der Mieter den Gebrauch einem Dritten, so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat.“ Man könnte allerdings gerade aus dem Umstande, dass der Gesetzgeber sich bewogen gefühlt hat, hier bei der Miete die Haftpflicht für den Untermieter zu statuieren, folgern, dass in allen anderen Fällen, wo es sich um die Erhaltungspflicht u. s. w. handelt, nicht der Schuldner für den weiteren Entleiher, Mieter hafte. Eine derartige Folgerung ist aber m. E. verfehlt. Denn aus der besonderen Wortfassung „auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat“ glauben wir entnehmen zu können, dass der Gesetzgeber

1) Siehe Crome a. a. O. S. 119,1 b.

die Befürchtung gehegt hat, man könnte aus der ausdrücklichen Erlaubnis des Vermieters eine Haftentlassung des Mieters konstruieren, und dass er dieser Auslegung dadurch begegnen wollte, dass er die weitere Haftung des Mieters noch besonders hervorhob.[1] Haben wir uns aber diese Anschauung zu eigen gemacht und sie als richtig erkannt, so können wir den § 549,2 als den besten Beweis für die Stichhaltigkeit unserer aufgestellten Theorie ansehen. Denn dann hätte ja der Gesetzgeber direkt anerkannt, dass der Schuldner für die Gehülfen, deren er sich zur Erfüllung seiner Pflicht, die entliehenen, gemieteten u. s. w. Sachen unversehrt zu erhalten, bedient, einzustehen habe wie für sich selbst. Demnach hätte auch der Gesetzgeber die Ansicht gehabt, dass die Sorgfalts-Aufbewahrungs-Instandhaltungspflicht u. s. w. eine echte Verbindlichkeit sei.

2c. Das Verschulden der Gehülfen.

Der Schuldner hat nur schuldhaftes Verhalten seiner Gehülfen zu vertreten. Nicht verschuldensfähig sind nach dem BGB, §§ 827, 828 alle diejenigen Personen, die unter 7 Jahren sind oder diejenigen Personen, die in einem Alter von 7 bis 18 Jahren die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht bei Begehung der schädigenden Handlung nicht besitzen; ferner diejenigen Personen, die die Handlung in einem Zustande der Bewusst-

1) Planck a. a. O. S. 51,2; Hoffmann a. a. O. S. 124.
2) v. Buchka entgegengesetzter Ansicht a. a. O. S. 60.

losigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit begangen haben. Demnach hätte der Schuldner, wenn er sich derartiger Personen zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, für dieselben nach § 278 BGB. nicht zu haften. Er würde aber selbstverständlich nach § 831 zur Verantwortung gezogen werden können.

Als Verschulden wird nach BGB. neben dem Vorsatz auch das Ausserachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt angesehen. Bei der Beurteilung der Frage aber, ob ein Gehülfe fahrlässig gehandelt hat, wird man auf die intellektuellen Fähigkeiten des betr. Gehülfen eingehen müssen. Es kann vorkommen, dass ein und dasselbe Verhalten bei dem einen Gehülfen als Verschulden angesprochen werden kann, während ein derartiges Urteil bei einem anderen nicht zutreffend wäre. Zu einem Verschulden gehört immer das Erkennen und Voraussehen oder doch wenigstens die Möglichkeit desselben, dass durch das betreffende Verhalten ein Schade herbeigeführt werden kann. Dass diesen Standpunkt auch das BGB. vertritt, geht unzweifelhaft aus den §§ 122 II, 123 III, 932 II, wo das Gesetz von einem „Kennen", „Kennen müssen", „ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist" spricht.[1] In diesem Sinne hat auch die Praxis entschieden. Wir wollen nur zwei Entscheidungen anführen, die diesen Punkt scharf und präzis hervorheben.

1) Sogenannte Vorstellungstheorie, gegenüber der Willenstheorie. Siehe auch Zitelmann „Das Recht des BGB." S. 156,2.

R. G. IÍI Nr. 78 S. 208.

„Eine fahrlässige Tötung liegt nicht schon dann vor, wenn der Thäter im allgemeinen unvorsichtig gehandelt, wenn er bei seiner Handlung die gewöhnliche Sorgfalt und Vorsicht ausser Acht gelassen hat, es ist vielmehr zum Thatbestand jenes Vergehens erforderlich, dass der Thäter durch Anwendung der gewöhnlichen Sorgfalt und Vorsicht den eingetretenen Erfolg als eine mögliche Folge seiner Handlung, hätte voraussehen können.

R. G. X Nr. 83 S. 288 ff.

„Wenn jemand mit voller Sorgfalt und Überlegung sein Geschäft besorgt und dabei das Bewusstsein eines untergelaufenen Versehens nicht hat und nicht haben kann, so darf ihm der nicht gewollte Erfolg nicht als Verschulden zugerechnet werden: denn die Zurechenbarkeit setzt voraus, dass der Betreffende das Geschäft besser, als geschehen, verrichten konnte, während die unbewusste Unachtsamkeit auf dem Gebiete des Zufalls liegen kann."

Wenn also der Geschäftsherr seine Gehülfen mit der Ausführung einer Arbeit betraut, der sie ihrer ganzen Ausbildung nach nicht gewachsen sind, so kann sich der Gläubiger zwar nicht nach § 278 wegen des entstandenen Schadens an den Schuldner halten, wohl aber nach § 831.[1] Denn ein Verschulden trifft die Gehülfen nicht, wenn sie, trotzdem sie die Weisungen in eine ihrer Befähigung entsprechenden Weise befolgen, Schaden anrichten.

1) Vgl. Matthiass, II S. 376 IV.

Wohl aber den Geschäftsherrn, der nicht unausgebildete Arbeiter ein derartiges Werk ausführen lassen durfte.

Dass es natürlich ganz gleich ist, ob das Verschulden der Arbeiter in einer Kontraktsverletzung oder in einer unerlaubten Handlung beruht, bedarf wohl keiner besonderen Begründung. Ausschlaggebend ist immer der Umstand, dass der Gläubiger durch diese Handlung verletzt ist, und dass der Gehülfe diese Verletzung in Erfüllung der Verbindlichkeit verschuldet hat.[1]

So würde z. B. ein Juwelier, dem ein Ring übergeben wird, um einige herausgefallenen Steine wieder einzusetzen, für seine Gehülfen aufzukommen haben, die die noch im Ring befindlichen Brillanten herausbrechen und dafür Similisteine einsetzen. Ebenso würde ein Hufschmied den Schaden zu ersetzen haben, den ein Schmiedegeselle dadurch angerichtet hat, dass er einem Rennpferd aus Rachsucht gegen den Rennstallbesitzer die Hufnägel so ungeschickt einschlägt, dass es nachher lahmt.

Wie muss aber das Verschulden der Gehülfen in den Schuldverhältnissen gestaltet sein, die auf Seiten des Schuldners ein qualifiziertes Verschulden verlangen?

Das BGB. kennt zwei verschiedene Gruppen derartiger Schuldverhältnisse.

---

1) Derselben Ansicht Hoffmann a. a. O. S. 141, auch Schütz scheint dieser Ansicht S. 68 ff. zu sein, nur will er daneben noch eine Klage aus § 831 zulassen.

In der einen wird vom Schuldner nur Einstehen für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit erfordert. Das ist der Fall beim Schenker §§ 521, 529, beim Verleiher § 599, beim Geschäftsführer im Falle Abwendung dringender Gefahr § 680, beim Finder § 968.

Richtiger Ansicht nach hat der Schuldner in diesen Fällen auch nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit der Gehülfen als ihn verpflichtend gegen sich gelten zu lassen. Denn er hat ja nach § 278 das Verschulden der Gehülfen wie eigenes zu vertreten. Und wenn das Gesetz von ihm nur eine geminderte Schuld verlangt, so ist es auch nur recht und billig, wenn er bei der Gehülfenhandlung ein Minus gegenüber der allgemeinen Verschuldung zu vertreten braucht.[1]

Einige Juristen, wie Dernburg, Nussbaum und Schütz[2] haben aus der Erleichterung der Haftart geschlossen, dass der Schuldner in diesen Fällen von der Haftung für Gehülfen gänzlich befreit sei. Nussbaum begründet dieses auffällige Resultat mit den Worten: „Die Haftung für culpa lata ist eine Erleichterung für den Schuldner. Sie stellt ein Minus gegenüber der ausserordentlichen Haftung für Gehülfen dar. Um wieviel mehr muss der, welcher nicht einmal für jedes eigene Ver-

1) Derselben Ansicht Schollmeyer a. a. O. S 105, Planck a. a. O. S. 51, Hoffmann a. a. O. S. 206, Wertheimer a. a. O. S. 38, Wüstendörfer a. a. O. S. 10, Redlich a. a. O. S. 58 ff., Asmis a. a. O. S. 59. Matthiass a. a. O. S. 377 IV A, Crome a. a. O. S. 119,2. Zweifelnd: Örtmann zum § 278.

2) Dernburg a. a. O. S. 147, Nussbaum a. a. O. S. 88 ff., Schütz a. a. O. 39.

schulden einzustehen hat, von der Verantwortlichkeit für Hülfspersonen befreit sein." Demgegenüber muss doch aber festgehalten werden, dass § 278 eine aussergewöhnliche Haftung für den Schuldner statuiert. Der Schuldner hat doch in den Normalfällen jedes Verschulden der Gehülfen zu verantworten. Und weshalb nun der Schuldner, wenn seine Haftung in etwas gemildert ist, „viel mehr" von der Haftung für die Gehülfen befreit sein soll, ist nicht einzusehen. Stellt sich doch die Haftung für culpa lata der Gehülfen als eine Erleichterung für den Schuldner dar.

Und dann würde auch die Nussbaum'sche Auslegung zu Unbilligkeiten führen. Der Schuldner brauchte sich ja blos der Gehülfen zu bedienen, um von jeder Verantwortung frei zu sein. Eine derartige Schlussfolgerung wäre wohl nicht im Sinne des Gesetzes, dass ein Eintreten des Schuldners für Verschulden der Gehülfen wie für eigenes verlangt.

Gehen wir nun zu der zweiten Gruppe von Schuldverhältnissen über, die eine qualifizierte Haftung des Schuldners verlangen. Es sind dies die Gesellschaft § 708 und die unentgeltliche Verwahrung § 690. Hier haftet der Schuldner nur für diejenige Sorgfalt, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

Nussbaum will auch hier den Schuldner von der Haftung für seine Gehülfen befreit wissen. Dass diese Ansicht eine irrige ist, braucht wohl nach dem eben Gesagten nicht des Weiteren bewiesen zu werden.

Bei diesen Fällen erhebt sich aber die weitere Frage, ob der Schuldner für die Sorgfalt, die er, oder seine Gehülfen in ihren Angelegenheiten zu beobachten pflegen, einzustehen habe.

Zieht man den besonderen Charakter, den die Gesellschaft und die unentgeltliche Verwahrung als Verträge haben, in Betracht, so kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Sorgfalt, die der Schuldner in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, als allein massgebend für die Haftpflicht anzusehen ist. Denn beide Schuldverhältnisse stellen sich als eine Vertrauensangelegenheit dar. Auf Grund ganz bestimmter Eigenschaften und Fähigkeiten sowohl in moralischer wie materieller Hinsicht wird jemand in eine Gesellschaft aufgenommen, oder werden ihm Gegenstände anvertraut. Diese persönlichen Eigenschaften bilden ein essentiale des Vertrages. Sie sind massgebend für den Inhalt des Vertrages, den sie ein für alle Mal festlegen. Demnach ist auch das Mass der Sorgfalt, die zu prästiren ist, in der Person des Schuldners fest bestimmt und kann nicht dadurch geändert werden, dass dritte Personen zur Erfüllung der Verbindlichkeit vom Schuldner herangezogen werden.

Die entgegengesetzte Meinung würde zu ganz unhaltbaren Resultaten führen, die unserem Gerechtigkeitsgefühl stracks zuwiderlaufen. Ein praktisches Beispiel möge uns dies erläutern.

Jemand will eine Reise nach dem Auslande machen. Der Sicherheit halber deponiert er bei einem ihm befreundeten Juwelier seine Wertsachen,

weil ihm die peinliche Sorgfalt und die grosse Gewissenhaftigkeit seines Geschäftsfreundes bekannt ist. Der Juwelier weist einen seiner Gehülfen an, die Wertgegenstände in den Tresor zu legen. Der Gehülfe befolgt aber nicht sogleich die Weisung, sondern verlegt die Wertgegenstände und vergisst nachher ihrer. Als der Reisende zurückkehrt und sein Depot zurückverlangt, ist dasselbe nicht zu finden. Soll nun der Juwelier sich dem Reisenden gegenüber darauf berufen können, dass der Gehülfe sorglos veranlagt ist, und in seinen eigenen Angelegenheiten leichtsinnig verfährt? Wir glauben der Reisende würde dem Juwelier entgegenhalten, dass er nur im Hinblick auf den Charakter des Juweliers diesem die Gegenstände anvertraut habe, weil er bei ihm seine Gegenstände sicher geborgen wüsste, und dass er verlange, dass das Verhalten des Gehülfen an der Sorgfalt des Juweliers gemessen werde. Und mit Recht.

Und was vom Verwahrungsvertrage gilt, gilt auch von den Gesellschaft. Nur wäre bei dem Gesellschaftsvertrage zu bedenken, ob sich der ganzen Natur des Gesellschaftsvertrages nach der Gesellschafter zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit der Hülfe Dritter bedienen kann.

Nussbaum[1] ist der Ansicht, dass es eine logische Unmöglichkeit sei, von der Zuziehung von Gehülfen bei der Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten zu sprechen. Denn die Hauptver-

1) Nussbaum a. a. O. S. 72 ff.

pflichtung des Sozietars bestehe gemäss dem § 705 BGB. darin, die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes in der durch den Vertrag näher bestimmten Weise zu fördern. Der einzelne Gesellschafter habe also lediglich seine Kräfte nach Massgabe des Vertrages in den Dienst der Sozietät zu stellen. Sein Thätigkeit gehe nicht auf Leistung eines im Voraus und ein für alle Mal festgesetzten wirtschaftlichen Erfolges, sondern jener Erfolg werde in gewisser Beziehung erst durch die Individualität des Gesellschafters bestimmt. Habe nun also der Sozius nur seine Kräfte in den Dienst der Gesellschaft zu stellen, so könne er also zur Erfüllung seiner Gesellschaftsverbindlichkeiten keine Gehülfen zuziehen. Es muss ja zugegeben werden, dass die Individualität des Gesellschafters für den Inhalt des Gesellschaftsvertrages eine ausschlaggebende Bedeutung hat, dass nach den materiellen und moralischen Eigenschaften eines einzelnen Gesellschafters der Vertrag seinem Inhalte nach stets modifiziert wird. Aber aus dieser besonderen Natur des Sozietätsvertrages zu folgern, dass Gehilfenzuziehung bei der Erfüllung der Gesellschaftsverbindlichkeiten ausgeschlossen sei, für diese Logik scheinen uns keine zwingenden Gründe vorzuliegen. Denn der Inhalt der Sozietätsverbindlichkeit zerfällt in eine ganze Reihe einzelner Verpflichtungen, wie z. B. die Beitragsleistung. Und warum sollte nicht der Sozietar bei Verbindlichkeiten, die einen generellen Charakter haben, die also von jedermann geleistet werden können, ohne dass sich ihr Inhalt ändert, sich der

Hülfe Dritter zu ihrer Erfüllung bedienen? Nussbaum verkennt vollkommen, dass neben den Verbindlichkeiten, die ganz allein von dem Gesellschafter in Person erfüllt werden müssen, auch Verbindlichkeiten herlaufen, zu deren Leistung rein physische, sozusagen mechanische Kräfte erforderlich sind, wo die besondere Individualität vollkommen ausser Betracht bleibt. Ja man könnte vielleicht sogar so weit gehen, zu behaupten, dass sämtliche Verbindlichkeiten durch Dritte erfüllt werden können. Denn wie der Gesellschaftsvertrag den Charakter einer Vertrauenssache hat, so hat er auch eine gewisse Gefahr mit im Gefolge. Denn wenn sich die Gesellschafter den neuen Sozietar nicht genau ansehen, und sich in dem Werte seiner Persönlichkeit irren, so ist das ihre Sache. Sie haben den neuen Sozietar mit allen seinen Fehlern und Schwächen in die Gesellschaft aufgenommen. Und sollten nun diese Fehler zufällig auf einer gewissen Antipatie gegen Arbeit beruhen, die sich darin äussert, dass der Gesellschafter persönlich nichts thut, sondern alles durch Dritte besorgen lässt, so müssen sich die Gesellschafter dieses Verhalten gefallen lassen. Selbstverständlich hat der Sozius für das Verschulden seiner Hülfspersonen aufzukommen.

2d. Die Beziehung der schuldhaften Handlung zur Erfüllung.

Aus dem Wortlaut des § 278 BGB. ergiebt sich, dass der Schuldner nicht für sämtliche Handlungen seiner Angestellten zu haften hat. Der Gesetz-

geber hat absichtlich den Relativsatz, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient" gebraucht, anstatt einfach von „Gehülfen" zu sprechen, um von vornherein jeden Zweifel daran auszuschliessen, dass nur das Verschulden der Gehülfen in Frage kommt, das bei der Erfüllung der Verbindlichkeit zu Tage tritt. Eine Haftung, welche einzig und allein auf dem Abhängkeitsverhältnis zwischen Prinzipal und Angestellten basiert wäre, würde auch dazu führen, jeden gesunden Verkehr zu unterbinden. Durch die Beschränkung, welche der Gesetzgeber durch den Relativsatz gemacht hat, sind also alle die Fälle eliminiert, wo der Gehülfe bei Eingehung der Verbindlichkeit und nach Erfüllung der Verbindlichkeit thätig wird. Es kommt also für uns nur in den engeren Kreis der Betrachtnng der Zeitraum von Eingehung der Verbindlichkeit bis zu deren Erfüllung. Hier erhebt sich aber die Frage, ob nun der Schuldner hinsichtlich dieses Zeitraumes auch für jedes Verschulden seiner Gehülfen aufzukommen habe? Dass auf eine derartige Frage mit einem entschiedenen „Nein" geantwortet werden muss, versteht sich im Grunde genommen von selbst; eine Anschauung, die einhellig von allen Kommentatoren des § 278 BGB. vertreten wird. Denn eine gewisse Beziehung zwischen der schädigenden Handlung und der Obligation muss vorhanden sein. Dafür spricht auch schon die ganze Fassung des § 278. Heisst es doch „deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient." Wie weit oder eng nun aber die Beziehung sein

muss, darüber ist ein heftiger Streit entbrannt. Die eine Ansicht, die von Rümelin[1] aufgestellt und von Liszt[2] verteidigt wird, geht dahin, dass die Haftung des Schuldners auf alle Fälle auszudehnen sei, in denen die Erfüllung der Obligation den Anlass zu einer Beschädigung des Gläubigers giebt, und in denen zugleich durch die Benutzung der Angestellten die Gefahr einer derartigen Beschädigung begründet wird; oder mit anderen Worten ausgedrückt: Der Schuldner hafte für alle schuldhaften Handlungen seiner Gehülfen, die sie auch nur bei Gelegenheit der Erfüllung verübt haben. Rümelin beruft sich zur Begründung seiner Ansicht auf die Verschiedenheit der Fassung des § 278 in der ersten und der zweiten Lesung und folgert aus dem Wegfall der Worte „Haftung in Ansehung der Erfüllung", dass der Gesetzgeber eine Beschränkung auf Erfüllungshandlungen nicht stattfinden lassen wollte. Nussbaum hat überzeugend nachgewiesen, dass die Umgestaltung des früheren § 224 rein auf stilistische Gründe zurückzuführen sei und dass auch die bisherige Gesetzgebung und Rechtsanschauung der Rümelin'schen Auffassung entgegenstehe. Zum Beweise dafür hat Nussbaum eine Reihe von Gesetzen angezogen, deren nochmalige Aufzählung uns wohl erspart bleiben kann.

Abgesehen von diesen juristischen Bedenken steht auch noch ein praktischer Gesichtspunkt der

---

1) Rümelin a. a. O. S. 88.

2) Liszt, die Deliktsobligationen im System des BGB. S. 103 Anm. 6.

Rümelin'schen Theorie entgegen. Man bedenke nur, zu welch einer exorbitanten Haftung der Schuldner durch die Rümelin'sche Auslegung verurtheilt wird. Jede schuldhafte Handlung, die die Gehülfen bei Gelegenheit der Ausführung der Verbindlichkeit begehen, hat der Schuldner nach Rümelin zu vertreten. Demnach ist den Gehülfen die Möglichkeit gegeben, ihren Geschäftsherrn materiell vollkommen zu vernichten; da ja der Geschäftsherr auch für Handlungen aufzukommen hat, die mit der Erfüllungshandlung in keinem anderen Zusammenhang stehen, als dass sie zeitlich mit ihr zusammenfallen. Eine derartige Regelung würde wohl eher hemmend als fördernd wirken, da sie den Geschäftsherrn vollkommen von dem guten Willen der Gehülfen abhängig macht

Wir halten vielmehr die von Nussbaum aufgestellte Ansicht, welche eine unmittelbare Beziehung zwischen der schadenstiftenden Handlung und der Erfüllungsthätigkeit erfordert, für die allein dem Sinn und dem Geiste des § 278 BGB. entsprechende. Dieser Ansicht huldigen auch die meisten Kommentatoren, so Schollmeyr, Redlich, Enneccerus und Lehmann, Asmis, Örtmann, Crome, Dernburg, Schütz.[1]

Es kommt für uns jetzt nur noch darauf an, die Wegweiser aufzufinden, die uns das unmittelbare

1) Schollmeyer S. 104, Enneccerus und Lehmann S. 434 Redlich S. 51 ff., Asmis S. 62, Oertmann 38,3 c, Crome a. a. O. S. 119b u. Anm. 26, Dernburg a. a. O. 146 f., Schütz a. a. O. S. 33. Anderer Ansicht: Matthias a. a. O. S. 377, Hoffmann a. a. O. S. 155 ff.

Vorhandensein einer Beziehung zwischen der schadenstiftenden Handlung und der Erfüllungsthätigkeit ankünden. Da diese Beziehung keine äusserlich lose durch die Zeit oder den Ort hervorgerufene Erscheinung sein soll, wie aus dem vorher Gesagten hervorgeht, so müssen wir also aus dem Willen der Gehülfen zu erkunden suchen, ob die schadenstiftende Handlung im Causalzusammenhang mit der Erfüllungsthätigkeit steht oder nicht. Alle diejenigen Handlungen, welche durch den Willen der Gehülfen, die Hauptverbindlichkeit zu erfüllen, ausgelöst worden sind, nur die allein können als „in Erfüllung der Verbindlichkeit" begangen bezeichnet werden.

Diese Handlungen stellen sich, wenn ich mich so ausdrücken darf, als die Ausläufer des Centrums „Erfüllungshandlung" dar.

Während man nun jene mit Wertheimer a. a. O. S. 43 als die subjektive Beziehung, so kann man diese, das Centrum, als die objektive Beziehung ausprechen. Denn bei den sogenannten Centralhandlungen wird der notwendige Causalzusammenhang durch den geschuldeten Gegenstand selbst hergestellt; oder genauer ausgedrückt: Die Centralhandlungen betreffen stets die Erfüllung selbst, indem sie entweder den Gegenstand der Erfüllung zerstören, beschädigen, oder indem sie die Erfüllung zu einer unvollkommenen nicht vertragsmässigen, oder gar völlig unmöglichen machen Während bei den sogenannten Ausläuferhandlungen der Wille der Gehülfen einzig und allein dafür

ausschlaggebend ist, ob diese Handlungen zu den Erfüllungshandlungen zu rechnen sind oder nicht.

Im Folgenden sei es gestattet, an einem Beispiel das eben Gesagte zu demonstrieren.

Ein Tischler hat in einem Hause die Treppe zu reparieren und schickt zwei Arbeiter zur Erledigung dieser Verbindlichkeit nach dem Hause. Auf dem Wege nach dem Hause begehen sie einen Taschendiebstahl.

Geschäftsherr haftet nicht, weil zwischen dem Taschendiebstahl und dem Treppe reparieren kein Causalzusammenhang besteht, da die Gehülfen den Taschendiebstahl nicht in Hinblick auf die Erfüllung der Verbindlichkeit begangen haben.

Dieselbe Entscheidung und aus demselben Grunde müsste getroffen werden, wenn die Gesellen in dem Hause, wo sie die in Rede stehende Reparatur vorzunehmen haben, ein Mädchen notzüchtigen würden. Dagegen müsste der Meister für seine Gesellen haften, wenn dieselben beim Betreten des Hauses mit der Leiter die im Hausflur hängende Ampel beschädigen, wenn sie beim Reparieren des Treppen podestes mit dem Hobel in die Flurscheibe hinein fahren, oder wenn sie beim Befestigen des Treppengeländers die kostbaren Wandgemälde bestossen. Denn alle diese schädigenden Handlungen sind Begleiterscheinungen oder genauer ausgedrückt Folgeerscheinungen des Willens, der darauf gerichtet ist, die Erfüllungshandlung — nämlich das Treppenrepariren — vorzunehmen. Dass der Meister weiter-

hin auch die schlecht ausgeführte Arbeit der Gehülfen zu vertreten hat, ist selbstverständlich.

Wir haben also festgestellt, dass zur Haftbarmachung des Geschäftsherrn der Umstand erforderlich ist, dass sich die Hülfspersonen bei den schädigenden Handlungen bewusst sind, zu der Erfüllung der Verbindlichkeit beizutragen. Aus dieser Definition ergiebt sich weiter, dass alle die Personen, welche zwar die Erfüllung der Verbindlichkeit mitbewirken helfen, welche aber sich dieser Aufgabe nicht bewusst sind, für den Schuldner als eigentliche Erfüllungsgehülfen gemäss § 278 BGB. nicht in Betracht kommen. Wenn sich z. B. ein Töpfer, um seine Kacheln nach seinem Arbeitsplatz zu schaffen, wo er einen Ofen zu setzen hat, der elektrischen Bahn bedient, so hat er nicht für das Thun und Lassen des Kutschers aufzukommen, obwohl dieser durch die Beförderung der Kacheln mit zur Erfüllung der Obligation beiträgt. Denn der Führer der elektrischen Bahn weiss zwar, dass er seine Fahrgäste da und dorthin zu schaffen hat, welchen weiteren Zweck sie aber mit der Fahrt beabsichtigen, geht ihn gar nichts an.

Diese Fahrt stellt eine von den vielen Bedingungen dar, die die Erfüllung der Verbindlichkeit ermöglichen, die aber sonst in keinem inneren Zusammenhang mit der Erfüllungshandlung stehen. Hoffmann[1] ist dagegen anderer Ansicht. Nach ihm hat z. B. der Arzt, welcher auf einen Gutshof fährt, für seinen

1) Hoffmann a. a. O. S. 150. Unserer Ansicht: Matthiass a. a. O. S. 377 IV A.

Kutscher zu haften, wenn dieser auf dem Gutshof einen Jagdhund überfährt. Nach unserer Ansicht kann hier von einer Haftpflicht keine Rede sein. Denn der Kutscher dient dem Arzt nicht dazu, seine Verbindlichkeit, den kranken Gutsherrn zu heilen, zu erfüllen, sondern er ermöglicht nur die Erfüllung der Verbindlichkeit. Haftbar wäre der Arzt nur ev. nach § 837 BGB.

3. Umfang der Haftung.

Der zu ersetzende Schaden kann hervorgerufen sein

1. dadurch, dass mangelhaft oder überhaupt nicht erfüllt worden ist,
2. dadurch, dass bei der Erfüllung andere Gegenstände beschädigt oder vernichtet worden sind.

Es fragt sich nun, wenn diese Beschädigungen auf Grund unerlaubter Handlungen der Gehülfen entstanden sind, ob der Schuldner in diesem Fall nach den Bestimmungen über unerlaubte Handlungen Ersatz zu leisten hat. M. E. ist diese schärfere Haftart nicht begründet. Denn nicht die Gehülfen, sondern der Schuldner hat für den Schaden aufzukommen. Und diese seine Schadensersatzpflicht entspringt aus dem Vertrage. Der Schuldner hat nicht Ersatz zu leisten, weil eine unerlaubte Handlung vorliegt, sondern weil er „Schuldner" ist.

Demnach würden also die besonderen Bestimmungen des BGB. über die Verjährung des Anspruchs, auf Ersatz des aus einer unerlaubten

Handlung entstandenen Schadens § 852, über die Nichtzulässigkeit der Aufrechnung gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung § 393, über den Ersatz eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, im Falle der Verletzung des Körpers, der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung und des Missbrauchs einer Frauensperson § 847 für den Schuldner nicht Platz greifen.[1]

4. Ausschluss der Haftung.

§ 276 bestimmt, dass dem Schuldner die Haftung wegen Vorsatzes nicht im Voraus erlassen werden kann. Jedoch soll diese Vorschrift auf den § 278 keine Anwendung finden. Dem Schuldner ist also die Möglichkeit gegeben, sich durch ein pactum ne dolus praestetur von der Haftpflicht gemäss § 278 zu befreien.

Ob ein derartiges pactum in jedem Falle und unter allem Unständen zulässig ist, wird davon abhängen, ob es nicht gegen die Bestimmungen des § 138 verstösst.

Alle diejenigen Fälle, wo man der ganzen Natur der Sache nach eine Haftung des Schuldners verneinen muss, sind in den einzelnen vorhergehenden Abschnitten besprochen worden, und deren nochmalige Aufzählung wäre überflüssig und zugleich auch unlogisch, da man nur dann von einem Ausschluss der Haftung sprechen kann, wenn eine Haftung wirklich begründet wäre.

1) Wertheimer a. a. O.

IV. Die Stellung des § 298 BGB. zu dem § 831 BGB.

Zum Schluss wollen wir noch kurz die Stellung des § 278 zum § 831 BGB. erörtern. Der § 278 BGB. findet, wie wir schon gesehen haben, lediglich auf Fälle Anwendung, wo zwischen dem Geschädigten und dem Geschäftsherrn ein Vertragsverhältnis irgend welcher Art vorliegt. Der § 831 trifft dagegen alle Fälle, in denen der Gehülfe einem Dritten, nicht dem Gläubiger, in Ausführung der Verrichtung Schaden zufügt. Diese strenge Scheidung zwischen dem kontraktlichen und ausserkontraktlichen Verschulden kennt z. B. das französische und angloamerikanische Recht nicht Gemäss § 1384 code civile hat der Geschäftsherr stets für seine Gehülfen zu haften, und das angloamerikanische Recht wird von den beiden Grundsätzen „Qui facit per alium, facit per se" und „Respondeat superior" beherrscht.

Der § 278 erfordert im Gegensatz zu dem § 831 ein Verschulden des Schuldners nicht, um seine Haftpflicht zu begründen.

Streng genommen stellt dieses Erfordernis auch der § 831 nicht. Der Geschäftsherr haftet nach

ihm stets für das ausserkontraktliche Verschulden seiner Angestellten. Um sich von dieser Haftpflicht zu befreien, muss der Geschäftsherr selbst nachweisen, dass ihn keine culpa in eligendo aut custodiendo trifft, oder dass der Schaden auch bei Anwendung der im Verkehre erforderlichen Sorgfalt entstanden wäre. (Mangel des Causalzusammenhanges)[1]. Demnach braucht der Beschädigte nicht den Beweis zu führen, dass dem Geschäftsherrn ein Verschulden zur Last fällt. Durch diese Umkehrung der Beweislast ist die Haftung des Geschäftsherrn nicht unwesentlich verschärft worden. Denn den Beweis seiner Unschuld oder des mangelnden Kausalzusammenhanges zu führen, wird der Geschäftsherr oft nicht in der Lage sein.

Wir können demnach sagen. Ein Geschäftsherr haftet für den von seinen Gehülfen culpos angerichteten Schaden stets, mag nun ein Vertragsverhältnis vorliegen oder nicht, nur ist dem Geschäftsherrn bei ausserkontraktlichen Verschulden seiner Gehülfen die Möglichkeit gegeben, sich durch den Nachweis seiner Unschuld oder des Fehlens des ursächlichen Zusammenhangs von seiner Haftpflicht zu befreien.

Da die Haftung des Geschäftsherrn nach § 278 eine schärfere ist und nur bei dem speziellen Fall, wo ein Vertragsverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten vorliegt, Anwendung

---

1) Matthiass a. a. O. S. 721. A.

zu finden hat, so geht man wohl nicht fehl, wenn man den § 831 als lex generalis und den § 278 als lex specialis anspricht[1] im Gegensatz zu Endemann,[2] der den § 831 als eine Ausnahme vom § 278 betrachtet wissen will.

1) Derselben Ansicht Hoffmann a. a. O. S. 13.
2) Endemann a. a. O. S. 503